

## **RESOLUCIÓN (Expte. 412/97, BT/Telefónica)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 21 de enero de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 412/97 (1357/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado por denuncia de BT TELECOMUNICACIONES S.A. contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 86 del Tratado de la CEE consistentes en la aplicación de tarifas discriminatorias y de precios predatorios, condicionamiento de contratos a la aceptación de cláusulas de exclusividad y vinculación de la prestación de servicios en competencia con otros prestados en monopolio.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El día 6 de marzo de 1996 tuvo entrada en el Servicio un escrito de D. Teófilo Julián del Pozo Rodríguez, en nombre y representación de BT TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante, BT) en el que denunciaba a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (en adelante, TELEFONICA) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC y el artículo 86 del Tratado de la CEE. Según la denuncia, las conductas contrarias a la LDC llevadas a cabo por TELEFONICA eran:
  1. Respecto al servicio de telecomunicaciones de alquiler de líneas, Telefónica aplica tarifas distintas de las oficiales, según el cliente sea a la vez competidor de Telefónica respecto de un servicio relacionado con el del alquiler de líneas o no lo sea. Si el cliente es

un competidor, como es el caso de BT, únicamente le ofrece (y aplica) las tarifas oficiales; si el cliente no es competidor o es la propia Telefónica la que utiliza sus líneas para ofrecer ese servicio relacionado, y existe una oferta competidora para ese cliente, Telefónica aplica descuentos significativos para conseguir el contrato.

2. En la prestación de servicios de voz internacional, Telefónica aplica precios predatorios ya que su precio es inferior al coste de alquiler de líneas, condiciona la eficacia de los contratos a la aceptación de condiciones de exclusividad y vincula la prestación de servicios prestados en régimen de competencia como éste de voz internacional con otros prestados en régimen de monopolio como la voz nacional, ofreciendo condiciones económicas ventajosas para ambos.

Conductas todas ellas enmarcadas en los servicios que TELEFONICA prestaba a los miembros de la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional (AMMI) y a la oferta que, para prestar unos servicios análogos, dicha Asociación recibió de BT.

2. Estimando el Servicio que existían indicios de posible infracción de la LDC acordó, por Providencia de fecha 22 de marzo de 1996, la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente contra TELEFONICA, lo que se notificó a las partes.
3. A la vista de la instrucción realizada se formuló con fecha 27 de enero de 1997 Pliego de Concreción de Hechos en el que se consideraba que los hechos descritos en el mismo constituían infracciones de TELEFONICA de lo dispuesto en los artículos 6.2.a), d) y e) LDC y 86.a), c) y d) del Tratado de la CEE.
4. Declaradas concluidas las actuaciones el 11 de agosto de 1997, se procedió a redactar el informe previsto en el art. 37.3 LDC. En dicho informe se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos, que:

1º.- *"declare la existencia de una conducta prohibida imputable a TELEFONICA al haber infringido el artículo 6.2.d) de la LDC y 86.c) del Tratado de la CEE por aplicar en sus relaciones de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia TELEFONICA, dado que respecto al servicio de alquiler de líneas, aplicaba las tarifas oficiales cuando el cliente usuario de dichas líneas era un competidor de la propia TELEFONICA, mientras que ofertaba a los potenciales clientes propios o*

*de sus competidores condiciones económicas más ventajosas"*

*2º.- "declare la existencia de una conducta prohibida imputable a TELEFONICA al haber infringido los artículos 6.2.a) y d) de la LDC y 86.a) y c) del Tratado de la CEE por aplicar precios predatorios en la prestación del servicio de voz internacional a miembros de AMMI, al menos hasta julio de 1995, puesto que su tarifa final era inferior al coste de alquiler de líneas. Además, los precios eran inferiores a los establecidos con carácter fijo hasta el 28 de febrero de 1995. Dicha conducta suponía la imposición de precios y condiciones de servicio no equitativos al discriminar entre BT y el resto de clientes que, en el caso de éstos últimos, eran inferiores al coste del propio servicio"*

*3º.- "declare la existencia de una conducta prohibida imputable a TELEFONICA al haber infringido los artículos 6.2.e) de la LDC y 86.d) del Tratado de la CEE, por subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto del mismo, puesto que TELEFONICA condicionaba la eficacia de los contratos a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios prestados en régimen de competencia (voz internacional) con otros prestados en régimen de monopolio (voz nacional)"*

5. Recibido el expediente en el Tribunal el 22 de septiembre de 1997, mediante Providencia de 23 de octubre se acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 16/1989, admitir a trámite el expediente, así como nombrar Ponente y, de acuerdo con el art. 40.1 LDC, dar plazo a los interesados para solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
6. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite.
7. Mediante Auto de fecha 23 de diciembre de 1997 el Tribunal acordó admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas por las partes, denegar otras por considerarlas innecesarias, practicar una prueba de oficio y celebrar Vista.
8. Transcurrido el plazo concedido para la práctica de la prueba con el resultado que obra en el expediente, por Providencia de 27 de febrero de 1998 el Tribunal acordó, conforme al art. 40.3 LDC, poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre su alcance e importancia. Dicho trámite fue evacuado por los interesados que formularon sus correspondientes escritos.

9. Mediante Providencia de 29 de abril de 1998 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 LDC, señaló la fecha de la Vista.
10. Durante la celebración de la Vista hicieron uso de la palabra la representación del Servicio, que mantuvo los cargos recogidos en el Informe-Propuesta, y la de los interesados, insistiendo cada uno de ellos en sus argumentos en refuerzo de la tesis que habían mantenido a lo largo del procedimiento. En particular, los representantes de Telefónica expusieron, como argumentos de defensa los que, sintéticamente, se recogen a continuación:
  - 1) BT no ostenta un interés legítimo en este expediente porque no formuló la oferta a los miembros de la AMMI (lo hizo la sociedad británica BT Telecommunications Plc) y la prestación del servicio ofertado no estaba permitida por ley, por lo que: 1º su pretensión no se puede amparar y 2º no debió haber sido parte en este expediente ni deben tenerse en cuenta sus alegaciones.
  - 2) Existe una resolución de la Dirección General de Telecomunicaciones que fue recurrida por BT y confirmada por la Secretaría General de Comunicaciones que establece que BT no disponía de título habilitante para prestar los servicios que pretendía ofrecer a los miembros de la AMMI, ya que:
    - . Sólo disponía de una concesión para transmisión de datos (obtenida por Megared, sociedad que no efectuó oferta).
    - . No pudo obtener por silencio positivo una autorización en 1993 pues lo que pedía era contrario a la Ley. (En caso de obtenerla, sería para BT World Wide Ltd, Sucursal en España). Además, los servicios que se pretendía prestar a los miembros de la AMMI no estaban en régimen de competencia.
  - 3) Se ha afirmado gratuitamente que Telefónica no empleaba tecnología digital.
  - 4) Existen multitud de incorrecciones en el Informe-Propuesta.
  - 5) Existe una resolución sobre los mismos hechos de la S.G. de Comunicaciones dando la razón a Telefónica, por lo que se trata de una cosa juzgada administrativamente.

Respecto de los cargos, considera:

- En cuanto al 1<sup>er</sup> cargo, que no hay prestaciones equivalente pues Telefónica prestaba a BT alquiler de circuito y a los miembros de la AMMI alquiler de circuito multiplexado. Además, que no hay ningún competidor legítimo que quede en posición desventajosa.
  - En relación con el 2<sup>o</sup> cargo, que los precios no eran predatorios según consideran demostrado con su cálculo de costes.
  - En lo referente al 3<sup>er</sup> cargo, que no existía servicio en competencia (voz internacional), pues sólo Telefónica podía prestar los dos servicios (voz nacional y voz internacional). Respecto a la exclusividad: sólo se rescinde el contrato (por imposibilidad sobrevenida sobre el objeto) respecto de un miembro de la AMMI determinado cuando dicho miembro contrate con otro operador los mismos servicios: eso no impide que, como ha ocurrido, los demás miembros sigan con su contrato en vigor.
11. En el Pleno del día 24 de noviembre de 1998 el Tribunal adoptó la presente Resolución, encargándose al Vocal Ponente su redacción.
12. Son interesados:
- Telefónica de España S.A.
  - BT Telecomunicaciones S.A.

## **HECHOS PROBADOS**

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que son admitidos por las partes:

1. BT es una sociedad española, denominada hasta el 6 de abril de 1994 Megared S.A., cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios de telecomunicación. Megared era una filial del Banco de Santander que fue utilizada como vehículo societario para llevar a cabo el contrato de "*joint venture*" firmado en dicho año entre el mencionado banco y la sociedad británica British Telecommunications plc. Hasta entonces ésta última había operado en España mediante su sucursal denominada BT Worldwide Ltd. Sucursal en España.

Durante 1993 BT Worldwide Ltd. Sucursal en España y, posteriormente, BT han ofertado la prestación del Servicio IDL+, también denominado "servicio de valor añadido para brokers" o "Primex", que está dirigido a

empresas con necesidades significativas de comunicaciones de voz internacional. Este servicio consiste en lo siguiente:

- La comunicación internacional se efectúa a través de líneas digitales internacionales privadas alquiladas ("LDI") que facilitan la capacidad de transmisión desde el equipo multiplexor de las oficinas del cliente en España hasta otro punto de la red situado en Londres donde se encuentra otro equipo multiplexor del cliente. Estos equipos multiplexores mejoran la utilización de las redes ya que permiten que un número de señales de mensajes compartan el mismo canal físico de transmisión.
  - El tráfico de llamada directa internacional desde España se realiza por medio de la red privada a Londres y se canaliza a través de la red pública conmutada del Reino Unido a las distintas partes del mundo, con lo que las llamadas a Londres se cobran a la tarifa local y las llamadas directas internacionales a Europa y Estados Unidos se realizan desde Londres, con lo que se aplican tarifas británicas, que eran sustancialmente más baratas que las españolas.
2. Telefónica prestaba en monopolio los servicios de telefonía vocal básica y los servicios portadores (hasta el 6 de noviembre de 1995, fecha en que se concedió a Retevisión el derecho a prestar dichos servicios) de la mayoría de los servicios de telecomunicaciones, entre los que se encuentra el servicio portador de alquiler de circuitos privados internacionales. Dichos servicios son indispensables para la prestación de los servicios de valor añadido liberalizados.
  3. Las empresas con grandes necesidades de comunicación de voz internacional pueden satisfacerlas utilizando distintos servicios y/o tecnologías, entre ellos, el servicio telefónico básico (en fecha de autos, servicio monopolizado reservado en exclusiva a Telefónica); el servicio de alquiler de circuitos (como hacía Telefónica, siendo un servicio monopolizado hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1558/1995), y servicios que añaden otros elementos adicionales a los circuitos alquilados, como es el servicio "Primex" de BT. Estos servicios son técnica y jurídicamente distintos, pero ello no es obstáculo para que compitan entre sí para determinados usos.
  4. El suministro de los circuitos privados internacionales -servicio portador regulado por los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT)- por parte de Telefónica a BT es un elemento esencial e imprescindible para la prestación por parte de ésta a sus clientes de su servicio "Primex", representando el precio del

alquiler de dichas líneas el coste principal del mencionado servicio (aproximadamente el 75% del precio total).

5. Las tarifas aplicables al servicio de alquiler de circuitos a Telefónica en el período 1993-1995 estaban reguladas por las disposiciones siguientes:

a) Condiciones Generales para el Servicio Internacional Privado de Circuitos Alquilados de Telefónica, fechadas el 1 de octubre de 1992 (folios 202 a 210 del expediente del Servicio) que establecen:

*"TARIFAS*

*16.- La cuota total de un SIPCA (Servicio Internacional Privado de Circuitos Alquilados) es la suma de las cuotas parciales establecidas por Telefónica y el país distante.*

*...*

*19.- Telefónica aplica una comisión de conexión y una comisión mensual por el alquiler de los circuitos de SIPCA.*

*20.- El cliente está obligado a pagar a Telefónica las tarifas en vigor en el momento de la firma del contrato, o aquéllas que en su día entren en vigor."*

Las tarifas estándar de la parte española se señalan en sus Anexos 1 (circuitos digitales) y 2 (circuitos analógicos).

b) Orden de 27 de abril de 1993 (BOE de 28 de abril); tarifas fijas vigentes a partir del 29 de abril de 1993.

c) Resolución del Delegado del Gobierno en Telefónica de 26 de mayo de 1994 (BOE del 1 de junio); tarifas fijas vigentes a partir del 1 de julio de 1994.

d) Orden de 28 de julio de 1994 (BOE de 30 de julio); tarifas (máximas con posibilidad de aplicar descuentos, previa comunicación a la Delegación del Gobierno de los criterios para la aplicación de dichos descuentos) vigentes a partir del 1 de agosto de 1994.

e) Resolución del Delegado del Gobierno en Telefónica de 27 de enero de 1995 (BOE del 14 y 15 de febrero); tarifas máximas vigentes a partir del 1 de marzo de 1995.

En esencia, dichas tarifas incluían los siguientes conceptos:

- Cuota de conexión.
- Cuota de alquiler mensual (para los circuitos nacionales dentro de España) que hasta el 1 de julio de 1994 variaba en función de la velocidad y el origen y final de la línea, de conformidad con una división administrativa de áreas en zonas metropolitanas, provinciales o nacionales y, a partir de esa fecha, en función de la distancia.
- Cuota de alquiler mensual (para los circuitos internacionales) que variaba en función del país de destino, según áreas geográficas.

Telefónica, con anterioridad al 1 de marzo de 1995, no había comunicado a la Delegación del Gobierno una tabla de descuentos que pudiera ser aplicable a las tarifas oficiales. Los descuentos aplicables a partir de dicha fecha se refieren únicamente a los circuitos analógicos M1020 y a los digitales de velocidad inferior a 384 Kbps, que no son relevantes a los efectos de este expediente.

6. La Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional (AMMI) es una asociación integrada por 19 sociedades (folio 85 del expediente del Servicio) que actúan como mediadores en el mercado monetario, cuyas actividades consisten en operaciones de cambio de divisas, negociación de valores, acciones, deuda pública, bonos, mercados de derivados y otras de negociación financiera. Los miembros de la AMMI requieren, para el desarrollo de sus actividades, de la conexión, mediante servicios de telecomunicaciones, de las instalaciones de las salas de operaciones con sus clientes.

Los miembros de la AMMI tenían hasta 1993 cubiertas con Telefónica sus necesidades de telecomunicaciones relativas a datos, redes privadas (líneas analógicas punto a punto M1040) nacionales e internacionales para voz y datos y servicios de telefonía vocal (folios 402 a 409 del expediente del Servicio).

7. En junio de 1993 British Telecommunications plc contrató con uno de los miembros de la AMMI, Corretaje e Información Monetaria y de Divisa AV S.A. (CIMD), la prestación del servicio "Primex".

En noviembre de 1993, dicha sociedad presentó ofertas a otros 4 miembros de la AMMI para la prestación de su servicio "Primex". Dichas



ofertas, para un período de cinco años, sustituían la red analógica que utilizaban hasta ese momento y ofrecían ahorros de costes significativos, dado el uso de la multiplexación y el menor precio de las llamadas directas internacionales desde Londres.

8. La AMMI solicitó no sólo a Telefónica y BT, sino también a otros operadores (Cable & Wireless y France Telecom) un servicio de comunicaciones internacionales y a la vista de costes de las diferentes ofertas aceptó la propuesta de Telefónica (folio 1.141 del expediente del Servicio).
9. El 23 de diciembre de 1993, la AMMI mandó un escrito a sus asociados en el que se dice: *"En reunión mantenida en el día de ayer nuestra Asociación aprobó el Acuerdo con Telefónica en cuanto a circuitos internacionales y provinciales.*

*Con referencia a las sugerencias que de la mencionada reunión surgieron tengo la satisfacción de comunicaros que la Compañía Telefónica ha aceptado las siguientes:*

...

#### *Circuitos nacionales*

- *Se rebaja la cuota de conexión de 120.000.- a 100.000.- pts.*
- *Se consideran como concentración de circuitos las líneas instaladas por provincias.*

...

*Con objeto de que Telefónica, pueda facturar a partir del 1 de enero próximo las nuevas tarifas, debéis hacerles llegar la información solicitada lo antes posible.*

*En caso de que alguna entidad se retrasara en el envío Telefónica la aplicará los debidos reajustes de facturación, con posterioridad, siempre que el retraso no sea excesivo." (folios 192 y 193 del expediente del Servicio).*

10. El Acuerdo entre Telefónica y la AMMI de fecha 28 de diciembre de 1993 incluía tanto un acuerdo para el mercado monetario internacional como un acuerdo para el mercado monetario nacional. El Acuerdo entraba en vigor el 1 de enero de 1994 y tenía validez por un período de cinco años para el internacional y hasta el 31 de marzo de 1997 para el nacional (folios 194 a 200 y 1142 a 1147 del expediente del Servicio).

Los elementos más relevantes del mismo eran:

- *"Para los circuitos del mercado internacional se fija el importe mensual de 215.000 pts (sin IVA) y un importe de conexión de 100.000 pts (sin IVA) por circuito; estos importes incluyen la totalidad del coste con los destinos referidos tanto la parte española como la extranjera.*

*La aplicación de estos precios tendrán efectividad desde el 1 de enero de 1994, revisándose anualmente de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumo del año anterior".*

- *"Para los circuitos del mercado nacional (donde exista una concentración a nivel nacional de más de 10 circuitos) se fija el importe mensual de 140.000 pts (sin IVA) y un importe de conexión de 100.000 pts (sin IVA), que afectaría a los circuitos de provincias donde exista concentración.*

*Para el resto de los circuitos se aplicarán las tarifas vigentes.*

*La aplicación de estos precios tendrán efectividad desde el 1 de enero de 1994, revisándose anualmente de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumo del año anterior".*

Además, el Acuerdo estaba sujeto a las siguientes condiciones:

- En el caso de los circuitos internacionales, se señala que *"este Acuerdo podrá ser denunciado por Telefónica si el número de Circuitos/AMMI contratados con la misma fuese inferior a los instalados a la firma del presente Acuerdo."*

- En ambos tipos de circuitos: *"este Acuerdo se entenderá cancelado con cualquier Entidad beneficiaria en el momento en que dicha Entidad contrate cualquier tipo de servicio equivalente con otra operadora que no sea Telefónica."*

11. Telefónica presentó una nueva oferta a AMMI en julio de 1995, basada ahora en tecnología digital, con una duración de tres años (folios 217 y 218 del expediente del Servicio).

Los elementos más relevantes de la oferta de Telefónica eran:

- La no aplicación de cuota de conexión para los circuitos urbanos y

nacionales existentes.

- La cuota mensual para los circuitos urbanos sería de 20.500 pts y permanecería constante durante la vigencia del contrato.
  - Los circuitos nacionales podrían tener una cuota inicial de cero pesetas para los existentes y como cuota mensual la establecida en el previo contrato en vigor.
12. En el período 1993-1995, Telefónica, a diferencia de lo que hizo con los miembros de la AMMI, aplicó a BT las tarifas oficiales, respecto del servicio de alquiler de circuitos, con lo que BT no podía ofrecer a los miembros de la AMMI condiciones competitivas debido al coste de los circuitos necesarios.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto es preciso resolver una serie de cuestiones previas planteadas por Telefónica. En primer lugar, su alegación de que BT no ostenta interés legítimo en este expediente porque no formuló la oferta a los miembros de la AMMI (lo hizo la sociedad británica BT Telecommunications plc) y la prestación del servicio ofertado no estaba permitida por la Ley, por lo que considera que no debía haber sido parte en este expediente ni deben tenerse en cuenta sus alegaciones.

En relación con esta cuestión, es necesario señalar que está acreditado que BT alquiló circuitos a Telefónica y que las tarifas de dicho alquiler eran diferentes a las que ésta aplicó a los miembros de la AMMI y así lo ha reconocido la propia imputada, aunque considera que existen justificaciones para ello, por sólo este hecho es indudable el carácter de interesado de BT en este expediente, pero es que, además, es evidente la voluntad de BT de competir con Telefónica para satisfacer las necesidades de comunicaciones de dichas empresas en un mercado que, como se examinará a continuación, se encontraba liberalizado.

2. A todo lo largo del expediente Telefónica ha argumentado que BT no era en 1993 un competidor legítimo con capacidad para prestar los servicios de telecomunicaciones demandados por los miembros de la AMMI en aquellas fechas, cuyas necesidades, considera, pretendía satisfacer BT utilizando el servicio final de telefonía básica mediante el arrendamiento de circuitos para su posterior reventa, hecho que estaba prohibido hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre, o que

podría haber cubierto las necesidades de telecomunicaciones de los miembros de la AMMI mediante la utilización de un servicio de valor añadido para lo que requería título habilitante previo, el cual no poseía. Incluso la Secretaría General de Comunicaciones en Resolución de 6 de febrero de 1998, de recurso de BT contra Acuerdo de la Dirección General de Telecomunicaciones de 22 de julio de 1996, señala que, de la descripción del servicio que BT deseaba suministrar, se deduce que su objetivo era el de suministrar un servicio no sólo de datos, sino también de voz, de ámbito internacional, que, aunque se previese en grupo cerrado de usuarios, no quedó liberalizado por la normativa española hasta la aprobación del R.D. 2031/1995, de 22 de diciembre, que reguló el servicio de valor añadido de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, en tanto que, en la época de la denuncia, subsistía en el ámbito del monopolio de Telefónica, con lo que se llega a la inviabilidad de entender adquiridos, por silencio administrativo, títulos administrativos que en el momento de la petición, estaban en contradicción con el ordenamiento jurídico vigente.

*Para dicha Secretaría General "no existiendo, en 1993, en el ámbito objeto de la denuncia, servicios en competencia y careciendo coherentemente con ello, BTTel de título habilitantes suficientes para prestar el servicio deseado -hasta la obtención, en 3 de septiembre de 1996, de autorización de un servicio de valor añadido en telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, ajustada al R.D. 2031/1995, de 22 de diciembre, es claro que la denuncia carecía de viabilidad, holgando analizar los debates producidos en las actuaciones en torno a la existencia o no de precios predatorios por parte de Telefónica."*

3. En relación con la cuestión de si el mercado en que pretendía operar BT era un mercado en monopolio o se encontraba liberalizado, hay que tener en cuenta que la Directiva de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (Directiva 90/388/CEE) estableció en su art. 2 que los Estados miembros garantizarían la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal, y adoptarían las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones.

Asimismo se establecía que los Estados miembros comunicarían a la Comisión, a más tardar el 31 de diciembre de 1990, las medidas adoptadas para cumplir lo dispuesto en dicho artículo y la información sobre toda regulación existente o proyecto destinado a establecer nuevos procedimientos de autorización o a modificar los ya existentes.

El art. 1 de la mencionada Directiva indicaba que se entendía por *servicio*

*de telefonía vocal "la explotación comercial para el público del transporte directo y de la comunicación de la voz en tiempo real desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada, que permita a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su terminal para comunicar con otra terminal."*

Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado y aplicación de la Directiva 90/388/CEE (95/C 275/02) indica que la legislación nacional puede reservar un servicio de voz sólo cuando incluye todos los elementos de la definición comunitaria de telefonía vocal, y se detiene a considerar el significado de cada uno de estos elementos. En particular, y por lo que afecta a este expediente, hay que resaltar que, según dicha Comunicación, el término "para el público" debe interpretarse en el sentido de que se trata de un servicio que se pone a disposición de todo el público en las mismas condiciones y que "entre terminales de la red pública conmutada" significa que para que se pueda reservar un servicio de voz no sólo ha de ser objeto de una explotación comercial y estar destinado al público, sino que también debe conectar dos terminales de la red conmutada al mismo tiempo. Siempre que todos y cada uno de sus clientes estén conectados a través de una línea arrendada dedicada, el prestador de servicios puede ofrecer un servicio comercial que les conecte con la red pública. Es decir, siempre que estén conectados a través de una línea arrendada dedicada, no será preciso que los clientes tengan una relación jurídica o económica previa con los destinatarios de sus llamadas. Esto es lo que normalmente se entiende por servicio "dial-out" o "one-ended" (de "llamadas externas"). La Comunicación señala que el objetivo que se persigue es, suprimir las restricciones al uso de líneas arrendadas. Así, estas líneas pueden utilizarse para ofrecer servicios de telefónica vocal a usuarios distintos de los "grupos cerrados de usuarios" siempre que no se incurra en una oferta comercial de "simple reventa" de servicios telefónicos conmutados (Con el término "simple reventa" se hace referencia a la situación en la que la llamada tiene su origen y destino en la red pública conmutada).

De ello se deduce que el denominado servicio PRIMEX ofertado por BT no puede considerarse un servicio sometido a derechos exclusivos o especiales por no cumplir dos de las características esenciales de los servicios de la llamada "telefonía vocal básica". Por una parte, no se ofrecía al público en general, sino a cada miembro de la AMMI de forma individualizada mediante el uso de un circuito privado internacional y, por otra, no se conectaba por los dos extremos a la red telefónica conmutada, pues sólo hay una unión a la red conmutada en uno de los extremos (en este caso en el Reino Unido): la llamada parte del local del cliente (donde se instala un multiplexor) y se reencamina por el circuito privado

internacional al Reino Unido, donde se canaliza la llamada a la red pública conmutada de dicho país.

En España la transposición de la Directiva 90/388/CEE se realizó, casi dos años después de la fecha límite establecida en la misma, mediante la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT), que recogió en su art. 3 el concepto comunitario antes señalado al introducir un nuevo apartado en las definiciones contenidas en el anexo de la citada Ley indicando "15. *Servicio telefónico básico: Es la explotación comercial para el público en general del transporte directo y de la conmutación de la voz en tiempo real desde los puntos de terminación de la red pública conmutada y con destino a los mismos que permita a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su punto de terminación de dicha red para comunicar con otro punto de terminación de la misma.*"

Independientemente de que la citada Directiva hubiera podido ser invocada directamente por los particulares una vez agotado el plazo concedido a los Estados miembros para comunicar a la Comisión los procedimientos de declaración o de autorización a que se sometía la explotación de los servicios de telecomunicaciones sin que las autoridades españolas hubiesen comunicado ningún procedimiento (véase la Resolución de 1 de febrero de 1995, Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos), los servicios de telecomunicaciones diferentes del servicio telefónico básico quedaron formalmente liberalizados en España el 5 de diciembre de 1992, día de la entrada en vigor de la Ley 32/1992.

Por tanto, la interpretación que hace tanto Telefónica como la Secretaría General de Comunicaciones de que un servicio de valor añadido, como es la telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios no quedó liberalizado hasta la entrada en vigor del Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre, es insostenible, entre otras razones además de la señalada, porque si no hubiese estado liberalizado hasta entonces, un Real Decreto no puede modificar una norma con rango legal (LOT y Ley 32/1992). Véase a este respecto la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 1997 (RJCA 1997/1873) recaída en relación con la Resolución de 1 de febrero de 1995, antes mencionada.

En resumen, el servicio ofertado por BT y BT Telecommunications plc no era un servicio de telefonía básica, al no reunir los requisitos que recoge esa definición, y tampoco era un servicio de reventa de capacidad, como también ha intentado calificar Telefónica, pues no reúne los requisitos de la definición de la LOT (punto 17 de su Anexo, "*Reventa de capacidad de*

*servicio: Es la explotación comercial para el público en general del transporte de señales sobre circuitos alquilados como servicio independiente, aunque incluya la conmutación, el tratamiento, el almacenamiento o la conversión de protocolo, si esto lo incluye solamente en la medida necesaria para la transmisión en tiempo real desde la red pública conmutada y con destino a la misma.*". En este caso, no es un servicio independiente, sino que incluye un número adicional de elementos de valor añadido, entre ellos el mantenimiento 24 horas al día 365 días al año, sistema de información de fallos centralizado, diseño modular, programación personalizada, registro de llamadas y análisis de tráfico, etc.

De todo ello se puede concluir que el servicio ofertado por BT y BT Telecommunications plc. era un servicio de valor añadido que podía ser prestado y se prestaba en régimen de libre competencia.

4. Telefónica también ha alegado que BT no disponía de título habilitante para prestar los servicios que pretendía ofrecer a los miembros de la AMMI ya que sólo disponía de una concesión para transmisión de datos y que no pudo obtener por silencio administrativo positivo una autorización en 1993 pues lo que pedía era contrario a la Ley y, en caso de obtenerla, sería para BT WorldWide Ltd, Sucursal en España, que fue quien hizo la solicitud en octubre de 1993. En relación con este punto, hay que destacar que el mercado liberalizado en el que operaban BT y BT Telecommunications plc carecía de una regulación específica, por lo que podría interpretarse que quedaba directamente regulado por la Directiva 90/338/CEE, susceptible de invocación directa, con lo que en este supuesto ni siquiera era necesaria la autorización, y si se considera que se trata de un servicio de valor añadido de los del art. 20 de la LOT, con posterioridad a su modificación por la Ley 32/1992, su prestación requeriría una autorización administrativa, que fue solicitada por BT WorldWide Ltd, Sucursal en España, y que habría que examinar hasta qué punto cubría la actividad que desarrollaban BT y BT Telecommunications plc. En cualquier caso, es necesario destacar que el comportamiento de Telefónica puede evaluarse independiente del de BT.

Así, aunque BT careciera de título habilitante, no por ello el mercado en que operaba dejaría de estar abierto a la competencia, ni puede negarse que BT compitiera con Telefónica y con otros operadores en el mismo, ni excluiría el reconocimiento de que se produjeron conductas abusivas de posición de dominio de Telefónica. Por tanto, la discusión sobre el título administrativo necesario para la prestación del servicio y las prácticas anticompetitivas de Telefónica son cuestiones independientes e inconexas. De hecho, los abusos de Telefónica no guardan ninguna

relación, ni dependen ni son comparables en términos de gravedad con una posible interpretación de la necesidad de autorización administrativa para un servicio.

Asimismo, Telefónica alega que la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones constituye cosa juzgada administrativamente en cuanto a la determinación de la inhabilitación de BT de prestar el servicio como el que ofreció a los miembros de la AMMI y su consideración de competidor ilegítimo en el mercado a que se refieren los hechos analizados.

A este respecto es de destacar que el Tribunal es un órgano especializado que ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 20 LDC). Por ello, la pretensión de que el sobreseimiento del expediente sancionador promovido por BT ante las autoridades de telecomunicaciones contra Telefónica deba dar lugar a la misma declaración respecto del seguido ante el Tribunal no tiene fundamento jurídico, no sólo porque dicho sobreseimiento no es definitivo al estar impugnado mediante recurso contencioso-administrativo, sino porque la normativa cuya infracción se alega en cada uno de los casos es distinta, en uno la normativa de telecomunicaciones y en otro la de defensa de la competencia. Además, la autoridad administrativa competente para su tramitación difiere y el fundamento jurídico sancionador o interés público y bien protegido también es distinto (la normativa de telecomunicaciones se dirige a la ordenación del sector y la de defensa de la competencia trata de preservar el interés público de que exista un grado de competencia suficiente en el mercado que no se vea alterado por prácticas ilegales).

5. En relación con el primer cargo formulado por el Servicio, es decir, el aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de servicio de alquiler de circuitos hay que tener en cuenta que, hasta la aprobación de la Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, el servicio de alquiler de circuitos estaba regulado por los arts. 14 y ss. de la LOT y prestado por Telefónica en régimen de monopolio de acuerdo con dicha norma legal y el contrato concesional suscrito entre Telefónica y el Estado de 26 de diciembre de 1991. Con posterioridad al período de autos se estableció, tras la aprobación del Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre, un régimen de duopolio legal. Por tanto, Telefónica, como todo monopolio, disponía de posición de dominio en su mercado, en este caso, el de servicio de alquiler de circuitos y, desde el punto de vista geográfico, esta posición de dominio se mantiene en la totalidad del territorio español, que constituye una parte sustancial del Mercado Comunitario.



Las tarifas aplicables al servicio de alquiler de circuitos eran (ver el Hecho Probado 5), en el caso de circuitos internacionales, las Condiciones Generales para el Servicio Internacional Privado de Circuitos Alquilados de 1 de octubre de 1992 (en adelante, Condiciones Generales) y en el de los circuitos nacionales la Orden de 27 de abril de 1993 (BOE de 28 de abril). Ambas normas establecían tarifas fijas. A partir de la Orden de 28 de julio de 1994 (BOE nº 181 de 30.07.94) por la que se aprueban nuevas tarifas éstas revisten el carácter de máximas, pudiéndose autorizar descuentos sobre las mismas siempre que se comunique a la Delegación del Gobierno en Telefónica los criterios para la aplicación de tales descuentos. Telefónica sólo solicitó ciertos descuentos a principios de 1995 y fue autorizada a partir del 1 de marzo de 1995 para determinados circuitos que no son los del caso.

Por otra parte, en el Acuerdo de Telefónica con la AMMI se establecía:

- En el caso de los circuitos nacionales, una rebaja de la cuota de conexión de 120.000 pts a 100.000 pts (ver folio 192 del expediente del Servicio).
  
- En el caso de los circuitos internacionales, una cuota de conexión de 100.000 pts, cuando la tarifa fija oficial a aplicar en ese momento (Anexo II de las Condiciones General) era de 150.000 pts (descuento del 33,3%) y, sobre todo, una cuota mensual del abono de 215.000 pts, incluyendo la totalidad del coste (tanto la parte española como la extranjera), cuando dicha cuota mensual, sólo para la parte española, era de 168.750 pts (para Francia o Portugal), 221.250 pts (resto de Europa), 390.000 pts (América) y 450.000 pts (resto del mundo), a lo que habría que sumar el coste mensual de la parte extranjera que para Londres era de unas 98.000 pts, París 95.000 pts, Lisboa 267.000 pts o Frankfurt 219.000 pts. Teniendo en cuenta el destino geográfico de los circuitos utilizados por los miembros de la AMMI (la mayoría de ellos comunicaban con Londres) el precio total medio de los mismos podría estimarse en unas 318.000 pts, con lo que el descuento establecido en el Acuerdo superaba el 30 por ciento.

Por tanto, Telefónica no aplicaba a los miembros de la AMMI las tarifas oficiales del servicio de alquiler de circuitos, sino que les hacía importantes descuentos, que no aplicaba a otros operadores como sería el caso de BT.

6. Telefónica ha alegado que dicha sociedad no aplicaba precios discriminatorios puesto que considera que se trataba de prestaciones que

no eran equivalentes: prestaba a BT un servicio de alquiler de circuitos y a los miembros de la AMMI un servicio de alquiler de circuitos multiplexados, es decir, basado en tecnología digital y técnicas de multiplexación.

Aún cuando no se ha puesto en duda durante la tramitación del expediente la capacidad de Telefónica de utilizar tecnología digital y de multiplexación, no fue ésta la alternativa que se ofertó a los miembros de la AMMI y todas las pruebas obrantes al respecto han confirmado la utilización de circuitos analógicos:

a) Los miembros de la AMMI tenían contratados circuitos analógicos con la propia Telefónica previamente a su oferta de diciembre de 1993 e, incluso, incrementaron el número de circuitos analógicos contratados a partir de esa fecha. Esto lo reconoce la propia Telefónica (folio 1988 del expediente del Servicio).

b) El Acuerdo de Telefónica con los miembros de la AMMI no detallaba ni siquiera mínimamente en qué consistía técnicamente la solución digital mediante la utilización de multiplexores. Hay que tener en cuenta que una oferta para la prestación de un servicio de alquiler de circuitos analógicos no precisa ser muy detallada, pero, por el contrario, el cambio a un servicio digital multiplexado supone la incorporación de una serie de elementos necesarios de una gran complejidad (información sobre los multiplexores a situar tanto en la oficina del cliente en los dos extremos del circuito, sobre el centro de gestión, número de canales por circuito, compresión usada, etc.).

c) Resulta técnicamente imposible que Telefónica ofertara el 28 de diciembre de 1993 un servicio digital que aún no había instalado y materialmente indefendible que pudiera comenzar a facturarle tan sólo cuatro días después, es decir, el 1 de enero de 1994.

En la carta remitida con fecha 23 de diciembre de 1993 por la AMMI a sus socios (folio 192 del expediente del Servicio) consta *"Con objeto de que Telefónica pueda facturar a partir del 1 de enero próximo las nuevas tarifas, ... En todo caso de que alguna Entidad se retrasara en el envío, Telefónica le aplicará los debidos reajustes de facturación, con posterioridad, siempre que el retraso no sea excesivo"*.

d) En la nueva oferta de 31 de julio de 1995 (folios 217 y 218 del expediente del Servicio) realizada para dar respuesta a las dificultades técnicas de los miembros de la AMMI en cuanto a la señalización dentro de la Banda de los circuitos 1020/1040 (analógicos), Telefónica siguió refiriéndose a la utilización de este tipo de circuitos y tan solo en dicha

oferta sugirió a la AMMI por primera vez la posibilidad de ofrecer e implantar un *"Servicio Digital a través de nuestra red de IBERMIC"*.

La solución ofertada por Telefónica difiere sustancialmente de la presentada por BT a los miembros de la AMMI ya que únicamente hace posible la conversión necesaria para que los equipos concentradores funcionen dentro de la banda 1020/1040 (analógicos).

A partir de ese momento, y como la comunicación de Telefónica de 31 de julio de 1995 sigue diciendo, *"será precisa la dotación de Nodos de Comunicación (necesarios para el funcionamiento de circuitos digitales) en los centros de la AMMI."*

e) El Acuerdo de Telefónica con la AMMI suponía el mismo precio por circuito independientemente del destino (París, Buenos Aires, Milán, entre otros). Sin embargo, todos los miembros de la AMMI no requerían el mismo número de circuitos para todos los destinos, por lo que el precio de coste por circuito que se basa en la utilización máxima del circuito multiplexado no puede ser exactamente el mismo para todos los destinos, máxime cuando en su cálculo entra en juego, además, el tramo de operadores de destino (el extranjero), con precios distintos para cada uno de ellos.

De todo ello se deduce que existen evidencias suficientes que permiten considerar probado en la fase de instrucción del expediente que Telefónica no empleó tecnología digital multiplexada para los miembros de la AMMI, al menos hasta julio de 1995, pero, aunque lo hubiese hecho, los precios aplicados tampoco hubiesen sido legítimos pues, como se ha señalado, existían unas tarifas reguladas que también afectaban a este tipo de circuitos y que en el caso de alquiler de circuitos internacionales en el momento del Acuerdo con la AMMI figuraban en el Anexo I de las Condiciones Generales (folio 209 del expediente del Servicio).

Tomando en consideración el precio de los circuitos digitales de 56/64 Kbps, el mínimo ancho de banda para llevar a cabo una conversación telefónica y el mínimo circuito digital internacional contratable en aquellas fechas de cuota de alta sería de 500.000 pts y la cuota mensual de abono a los países europeos de 490.000 pts (576.000 pts para el resto del mundo), a lo que habría que añadir las tarifas de los operadores extranjeros (en el caso de las comunicaciones con Londres la cuota mensual sería de unas 260.000 pts), cifras muy superiores a las establecidas en el Acuerdo de Telefónica con la AMMI.

Pero, si existiese alguna duda de la no aplicación de las tarifas oficiales en

el marco de dicho Acuerdo de Telefónica con la AMMI este hecho queda reflejado en el texto del propio Acuerdo que dice: *"Para el resto de los circuitos se aplicarán las tarifas vigentes"* (folios 198 y 1.146 del expediente del Servicio). Lógicamente y *a sensu contrario* para los circuitos afectados por el Acuerdo no se aplicaban las tarifas vigentes.

Estos precios reducidos se aplicaban a los miembros de la AMMI, pero no a BT, cuando el servicio Primex ofertado por BT, que necesitaba circuitos alquilados, competía con el de alquiler de circuitos ofertado por Telefónica para satisfacer las necesidades de comunicación de dichas empresas, (ver Hechos Probados 1 y 3). Por ello, esta conducta, que carece de justificación objetiva, era discriminatoria e impedía a BT el competir en el negocio del consumidor final de servicio telecomunicaciones.

7. Por otra parte, el Acuerdo entre Telefónica y la AMMI incluía cláusulas restrictivas de la competencia puesto que estaba sometido a las siguientes condiciones:

a) En el caso de los circuitos internacionales, a una cantidad mínima: *"Este Acuerdo podrá ser denunciado por Telefónica si el número de Circuitos/ AMMI contratados con la misma fuese inferior a los instalados a la firma del presente Acuerdo"*.

Por tanto, Telefónica subordinaba su oferta a que hubiera un número mínimo de circuitos alquilados al que ya tenían con anterioridad al acuerdo, es decir, que fuera un contrato global, de modo que quedaban unidos los miembros de la AMMI necesarios hasta alcanzar ese mínimo.

b) Tanto para circuitos nacionales como internacionales a una exclusiva: *"Este Acuerdo se entenderá cancelado con cualquier Entidad beneficiaria en el momento en que dicha entidad contrate cualquier tipo de servicio equivalente con otra operadora que no fuera Telefónica"*.

Es decir, el Acuerdo incluía una cláusula de exclusiva por 5 años, no con la intención de regular un caso que no hubiera necesitado ser expresado -la terminación del contrato por acuerdo de las partes o terminación unilateral a voluntad del cliente, siendo el ofrecimiento de este supuesto último poco verosímil-. Trataba de encerrar a los miembros de AMMI en el contrato indicando que se cancelaría con cualquier entidad beneficiaria cuando dicha entidad contratase cualquier tipo de servicio equivalente con otra operadora que no fuera Telefónica. Por tanto, durante 5 años, cada entidad debe

contratar los circuitos con Telefónica y no puede contratar servicios "equivalentes" a los de alquiler de circuitos, es decir, en competencia con esos servicios alternativos de otros operadores.

c) Vinculación de circuitos nacionales e internacionales.

El hecho de que la prestación de los servicios correspondientes a unos y otros circuitos se plasmara en documentos contractuales distintos no afecta en nada a esta interpretación, puesto que, por una parte, se negociaron conjuntamente, y así lo entendieron la AMMI y sus miembros, como lo prueba la carta remitida el 23 de diciembre de 1993 por AMMI a sus socios, en la que consta además que la Asociación los aprobó unidos (*"En reunión mantenida en el día de ayer, nuestra Asociación aprobó el Acuerdo con Telefónica en cuanto a Circuitos Internacionales y Provinciales"*) y, por otra, se refieren a la misma fecha y forman parte de una oferta única referida a las comunicaciones nacionales e internacionales de los miembros de la AMMI.

Hay que tener en cuenta que, aunque el alquiler de circuitos (tanto nacionales como internacionales) era un servicio monopolizado, en determinados casos, como en el de los miembros de la AMMI, competía con servicios de valor añadido liberalizados. Esta competencia era relativamente más fuerte en los servicios internacionales que en los nacionales y Telefónica era la única que podía realizar una oferta cubriendo todas las necesidades de comunicación de los miembros de la AMMI. Por ello, con la realización de descuentos sobre las tarifas oficiales se restringía la entrada de competidores en mercados conexos al de alquiler de circuitos, como eran los servicios de valor añadido liberalizados, principalmente en el ámbito internacional.

8. El Servicio considera que la conducta de Telefónica en relación con la AMMI supone, además, la aplicación de precios predatorios en la prestación del servicio de voz internacional.

La conducta de una empresa se puede calificar de predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo. La experiencia muestra que la mayoría de los casos de prácticas predatorias se refieren a predación basada en los precios y, en ocasiones,

aparece conjuntamente con discriminaciones de precios puesto que, cuando un operador dominante intenta dañar a un competidor que opera en un mercado bien delimitado mediante una estrategia de precios predatorios, reducirá los precios específicamente en el mercado en que opera el competidor, pero no tiene por qué hacerlo en otros mercados. De hecho, el mantenimiento de precios elevados donde no actúa el competidor le ayudará a financiar su estrategia predatoria. En estos casos, los precios predatorios y la discriminación se producen conjuntamente pero ambas conductas tienen sustantividad propia y la empresa que las realiza puede ser acusada de ambas.

Para considerar acreditada la existencia de precios predatorios es necesario analizar tanto el mercado y las características de las empresas involucradas como los precios y costes del supuesto predador. En este sentido, es sabido que uno de los elementos clave de los que depende el éxito de una estrategia de precios predatorios es el de la existencia de barreras de entrada al mercado, puesto que en un mercado de fácil acceso la eliminación de competidores no permitirá disfrutar por mucho tiempo de rentas monopolísticas, ya que éstas atraerán rápidamente a nuevos operadores resultando imposible explotar una posición de dominio. Por ello, es conveniente analizar ante todo si la práctica de precios predatorios resulta factible en el mercado de que se trate y si la empresa imputada tiene posición de dominio y está capacitada para llevarla a cabo con éxito, antes de estudiar los precios y costes de supuesto predador, que es el verdadero núcleo del problema, pues la relación costes-precio de la empresa es la que permitirá calificar los precios como predatorios.

En el caso objeto del presente expediente BT intentaba dar servicio de voz internacional para empresas con grandes necesidades de comunicación (entre las que se encontraban los miembros de las AMMI), en un mercado, en aquellas fechas recientemente liberalizado, como era el de servicios de voz de valor añadido, que competía con otros mercados conexos como eran el servicio telefónico básico (servicio monopolizado reservado en exclusiva a Telefónica) y el servicio de alquiler de circuitos (también servicio monopolizado en exclusiva a Telefónica). Por otra parte, y como se ha señalado, el alquiler de circuitos es un elemento esencial para prestar el servicio de voz liberalizado.

Ante esta situación, es evidente, y no ha sido discutido por ninguna de las partes en el expediente, que Telefónica ostenta posición de dominio en los mercados antes señalados. Además, dada su dimensión y capacidad financiera, podía llevar a cabo una conducta predatoria y, por otra parte, teniendo en cuenta la situación de liberalización incipiente es el período donde transcurrieron los hechos, se podía considerar una práctica

económicamente rentable el retrasar al máximo la entrada e instalación de nuevos operadores mediante una política de descuentos selectivos aplicada a los principales clientes a los que podían acudir sus competidores.

Por todo ello, puede concluirse que la aplicación de precios predatorios en este caso resultaba factible, por lo que procede pasar al análisis de precios y costes del supuesto predador. Sin embargo, en relación con este punto, no existe en el expediente el mínimo análisis económico y la acusación se basa exclusivamente en que los precios a los que Telefónica alquilaba los circuitos a los miembros de la AMMI eran inferiores a los regulados. Como es sabido, el conocer con exactitud los costes y su descomposición entre fijos y variables en el sector de las telecomunicaciones es tarea, sin duda, muy difícil, con lo que es más que complejo el aplicar criterios como el test Areeda-Turner, frecuentemente utilizado por los tribunales norteamericanos y usado también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en la Sentencia de 3 de junio de 1991, As. AKZO, aunque introduce la intencionalidad como nuevo factor en este análisis, lo aplica al considerar prácticamente una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al coste variable medio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al coste variable medio, pero inferiores al coste total medio. Este criterio es ratificado en la Sentencia de 14 de noviembre de 1996, As. Tetra Pak II). En cualquier caso, ante la falta de prueba suficiente para afirmar que los precios aplicados por Telefónica eran predatorios debe primar el principio de presunción de inocencia por lo que el Tribunal considera que dicha imputación no está acreditada.

9. En conclusión, el Tribunal considera que han quedado acreditados dos cargos. Por una parte, Telefónica ha infringido el art. 6.2.d) LDC, abusando de su posición de dominio, al aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba a los miembros de la AMMI (potenciales clientes propios o de sus competidores) condiciones económicas más ventajosas. Por otra, Telefónica ha infringido el art. 6.2.e) LDC, pues en el contrato con la AMMI condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios en los que podía existir competencia (voz internacional) con otros en los que la competencia era mucho más difícil (servicios de voz nacional).
10. El art. 86 del Tratado de Roma prohíbe, en la medida en que pueda

afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

De acuerdo con el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, de Aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, vigente en el momento, el Tribunal de Defensa de la Competencia es el órgano competente para aplicar el art. 86 del Tratado de la CEE en España.

El art. 86 del Tratado y el art. 6 de la Ley española son aplicables simultáneamente, debido a que existe una dualidad de intereses susceptibles de protección que hace posible la aplicación conjunta de ambas normas, como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea desde la Sentencia de 13 de febrero de 1969, As. 14/68 Walt Wilhelm, donde se establece la doctrina que se ha denominado de la "doble barrera".

En este caso, se ha acreditado el abuso de posición dominante por parte de Telefónica y, aunque dicha conducta está geográficamente limitada a un Estado miembro, como es el caso de España, el TJCE ha declarado que "... cuando el titular de una posición de dominio obstaculiza el acceso al mercado de competidores, no hay diferencia si esa conducta se refiere a un único Estado miembro en la medida en que sea capaz de afectar a modelos de comercio y a la competencia en el Mercado Común. En estos casos, no es relevante el hecho de que las partes estén ubicadas en un Estado miembro o que la conducta en cuestión tengan lugar en un Estado miembro. Es decir, si afecta a la estructura de la competencia, el art. 86 es aplicable. Además, el art. 86 del Tratado no exige la prueba de que la conducta abusiva haya de hecho afectado sensiblemente al comercio entre los Estados miembros sino que sea capaz de tener dicho efecto" (TJCE, Resolución de 9 de noviembre de 1993, caso 322/81, Michelín).

Por tanto, en este caso, de acuerdo con las Directrices de la Comisión para la aplicación de las normas sobre la competencia en el sector de las Telecomunicaciones (91/C, 233/02), y dado que las conductas de Telefónica examinadas, por la situación de monopolio de ésta en el mercado, son capaces de afectar sensiblemente al comercio intracomunitario, existen también dos infracciones del art. 86 del Tratado CE, una de su apartado c) y otra del d).

11. Teniendo en cuenta lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y 46 LDC, procede imponer multa a Telefónica.

El art. 10 LDC establece en su número 1 que el Tribunal podrá imponer a



los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

Para fijar la cuantía de las sanciones ha de atenderse a la importancia de la infracción para lo que ha de tenerse en cuenta una serie de criterios fijados en el art. 10.2 LDC. Estos son: a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia; y f) la reiteración de las conductas prohibidas. A continuación se analizan dichas cuestiones:

- a) En relación con la modalidad de la infracción, el abuso de posición de dominio ha sido considerado reiteradamente por este Tribunal como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia (Resolución del día 29 de julio de 1993, Cofradía de Pescadores de Cariño) de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contenida, entre otras, en las sentencias del día 14 de febrero de 1978, United Brands; 13 de febrero de 1979, Hoffman Laroche y 14 de mayo de 1988, Bodson/Pompas Fúnebres de las Regiones Liberadas. Además, la modalidad de la infracción realizada por Telefónica reviste una gravedad especial por cuanto concurre en la misma la figura de un monopolio legal, que reviste una excepcionalidad -exige una reserva de Ley- justificable exclusivamente en aras del interés general al que debe subordinarse quien, al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo para restringir la competencia en un mercado distinto pero conexo (véase la Resolución de 1 de febrero de 1995, Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos). Por otra parte, para graduar el alcance de la sanción hay que tener en cuenta la falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado, que ha sido interpretado por Telefónica, con amparo de la Secretaría General de Comunicaciones, en sentido diferente del que se contiene en el fundamento jurídico 3.

- b) Por lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado, el mercado de producto relevante es el de los servicios de alquiler de circuitos y el mercado geográfico relevante es el español. De las cifras que obran en el expediente se deduce que los ingresos totales obtenidos por el alquiler de circuitos han sido 34.103 millones de pts (1994), 29.809 millones de pts (1995) y 73.317 millones de pts (1996).
- c) La cuota de mercado de Telefónica era del 100%, al tener el monopolio legal del mismo.
- d) En lo referente a los efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, hay que destacar que debido a la conducta de Telefónica de realizar elevados descuentos a los miembros de la AMMI, éstos se vieron beneficiados al obtener importantes ahorros de costes, pero BT Telecommunications plc no contrató los servicios con los mismos a quienes había formulado ofertas, con lo que BT no pudo desarrollar su actividad en servicios de voz no reservados, habiéndose perjudicado a otros potenciales prestadores de servicios. Además, el mercado no pudo aprovecharse de las ventajas de la solución tecnológica de BT, habiéndose visto perjudicado el desarrollo tecnológico al retrasarse la introducción de tecnología digital. Por otra parte, la infracción tiene especial importancia por el momento en que tiene lugar (de finales de 1993 a mediados de 1995), por ser el período de inicio de apertura de los servicios de telecomunicaciones a la competencia, habiéndose perjudicado significativamente el interés general en beneficio de un monopolista.
- e) Como se ha señalado, la duración de la restricción de la competencia se extiende desde finales de 1993 a mediados de 1995.
- f) En lo referente a la reiteración de las conductas, no es la primera vez que Telefónica, amparándose en su posición de dominio, ha abusado de la misma. En particular, este Tribunal la ha declarado responsable de infracciones contrarias a la legislación de la competencia en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981 en la

que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público y en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos) en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España S.A., y se impone a Telefónica una multa de 124 millones de pesetas. Esta Resolución ha sido confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

De ello se deduce que, si bien la conducta objeto del expediente es distinta de las examinadas en anteriores Resoluciones, Telefónica ha infringido deliberadamente el art. 6 LDC y el 86 del Tratado de la CEE pues al conocer la Ley española, las Directivas comunitarias y la doctrina de este Tribunal disponía de información suficiente para calibrar el alcance de su conducta.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, el Tribunal acuerda imponer a Telefónica una multa de quinientos ochenta millones de pesetas, la cual es relativamente reducida en relación con las cifras de ventas de dicha empresa, no sólo a nivel global sino, muy especialmente, en el mercado objeto de la práctica.

12. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, ordena la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución, a costa de Telefónica, en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

## **HA RESUELTO**

- Primero.-** Declarar acreditada la existencia de dos conductas prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989: Por una parte, un abuso de posición de

dominio consistente en aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaban a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, aplicaba las tarifas oficiales a BT, mientras que ofertaba a los miembros de la AMMI (potenciales clientes propios o de sus competidores) condiciones económicas más ventajosas, lo que infringe el apartado 2.d) de dicho artículo y, por otra, una infracción del art. 6.2.e) de dicha Ley, pues en el contrato con la AMMI condicionaba su eficacia a la aceptación de condiciones de exclusividad y vinculaba la prestación de servicios donde podía existir competencia (voz internacional) con otros donde la competencia era mucho más difícil (servicios de voz nacional). Dichas prácticas, de la que es autora Telefónica de España S.A., infringen, además, el art. 86 apartados c) y d) del Tratado de la Comunidad Europea.

**Segundo.-** Intimar a Telefónica de España S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar dicha práctica prohibida.

**Tercero.-** Imponer a Telefónica de España S.A. una multa de quinientos ochenta millones de pesetas.

**Cuarto.-** Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional, a costa de Telefónica de España S.A, la cual deberá comunicar al Servicio dicha publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y a la Dirección General IV de la Comisión Europea y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra ella no cabe recurso en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.