

RESOLUCIÓN (Expte. 350/94 Teléfonos en Aeropuertos)

Pleno

Excmos. Sres.
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Soriano García, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 1 de febrero de 1995

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Amadeo Petitbò Juan, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente número 350/94 (837/92 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncia de D. Ignacio Petit Asumendi, Director General de 3C Communications España S.A., contra Telefónica de España S.A., por la presunta existencia de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, relativas a la negativa de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications España S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 19.05.92 D. Ignacio Petit Asumendi, Director General de 3C Communications de España S.A. (3C), denunció ante el Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) a Telefónica de España S.A. (TELEFÓNICA), Cabinas Telefónicas S.A. (CABITEL) y al Ente Público Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea (AENA) por presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE) y de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), relativas a la negativa de suministro de líneas telefónicas a 3C y a la existencia de un contrato de prestación de servicio de telecomunicaciones en exclusiva con una vigencia de 5 años prorrogables, suscrito ente AENA y CABITEL.

Adicionalmente, 3C solicitó la iniciación de procedimiento de medidas cautelares consistentes en ordenar a TELEFÓNICA la no obstaculización de la actividad de 3C mediante la negativa o retraso injustificados en la concesión de líneas telefónicas y en ordenar a AENA, TELEFÓNICA y CABITEL que se abstuvieran de invocar la cláusula de exclusividad del acuerdo suscrito entre AENA y CABITEL para impedir a 3C la prestación de servicios en determinados aeropuertos españoles.

2. Mediante Providencia del día 11.06.92, el Director General de Defensa de la Competencia (dGDC) acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente sancionador nombrando instructora y secretaria, dándose el oportuno traslado de todo ello a las partes interesadas. Las actuaciones se entendieron con TELEFÓNICA, CABITEL y AENA, "así como con todas aquellas personas físicas, jurídicas y entidades que hayan tenido relación con los hechos, tal y como se vayan deduciendo de las actuaciones que se practiquen".
3. Tras la práctica de la correspondiente instrucción, el día 09.12.92 la instructora redactó propuesta de sobreseimiento por no apreciar actuaciones por parte de TELEFÓNICA que tuvieran cabida en las prohibiciones de la LDC.
4. Notificada la propuesta y recibidas las correspondientes alegaciones de la denunciante, el dGDC acordó el sobreseimiento del expediente con fecha 21.01.93, dándose traslado del Acuerdo a las partes y al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, Tribunal).
5. Recurrida la decisión anterior por 3C, con fecha 03.06.93 (Expte. A46/93, Teléfonos en aeropuertos), el TDC resolvió estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Ignacio Petit Asumendi, en representación de 3C, contra el citado Acuerdo del dGDC e interesar del Servicio la continuación de la instrucción y la redacción del correspondiente pliego de concreción de hechos de infracción.
6. Vistas las alegaciones de las partes y la información aportada al expediente, el Servicio redactó el pliego de concreción de hechos con fecha 18.02.94. En dicho pliego se imputaba a TELEFÓNICA la realización de conductas tipificadas en el artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, consistentes en "denegar o retrasar, injustificadamente, la conexión de las líneas telefónicas solicitadas por 3C COMMUNICATIONS DE ESPAÑA S.A. aún careciendo de una orden expresa dictada por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente que sería el único organismo capacitado para tomar la decisión de denegar la conexión de nuevas líneas o desconectar las ya concedidas".

7. Solicitada por el Servicio la adopción de medidas cautelares a instancia de 3C, por Resolución del día 08.04.94 (Expte. MC 6/94, Teléfonos en aeropuertos), el Tribunal acordó conceder la medida cautelar solicitada, con una vigencia de 6 meses, en los siguientes términos "ordenar a TELEFÓNICA que suprima los obstáculos que opone para la concesión de líneas telefónicas a 3C Communications, previa prestación de fianza por esta última en cuantía de 50.000.000 ptas".
8. Analizadas la alegaciones al pliego de concreción de hechos y demás documentación obrante en el expediente, el Servicio, en escrito recibido el día 09.06.94, procedió a elevar el expediente al Tribunal junto con su Informe en el que calificaba los hechos como sigue:

"A) En cuanto a la posición de dominio

Telefónica de España, S.A. empresa con monopolio legal en virtud del contrato regulador de la concesión para los servicios finales y portadores celebrado entre la citada entidad y el Estado del día 26 de Diciembre de 1.991, publicado en el BOE el 23 de Enero de 1.992, tiene absoluta posición de dominio en el sentido del artículo 6.3 de la Ley 16/1989, en el mercado de los servicios finales y portadores de telecomunicación, y en particular en lo relativo a la concesión de líneas a las que conectar los equipos terminales telefónicos o de modems de la empresa denunciante 3C COMMUNICATIONS ESPAÑA, S.A.

B) En cuanto al abuso de posición de dominio

Estaría acreditado, a juicio del Instructor, por las actuaciones de Telefónica al denegar o retrasar, injustificadamente la conexión de los terminales telefónicos de 3C, amparándose en la Cláusula Undécima del mencionado Contrato por entender que dichos terminales carecían del Certificado de Aceptación para el uso a que los venía destinando 3C y amparándose asimismo en la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 22 de Junio de 1.993, que declara responsable a 3C de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave por 'instalación de equipos de telecomunicación no homologados o que carecen del preceptivo certificado de cumplimiento de especificaciones técnicas, para el uso a que están destinados' y aún careciendo de una orden expresa dictada por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente que sería el único Organismo facultado para tomar la decisión de denegar la conexión de nuevas líneas o desconectar las ya concedidas.

La restricción de la competencia afectaría a todo el mercado nacional y por tanto a una parte sustancial del Mercado Común impidiendo que 3C pueda acceder al mercado de la prestación de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito y ello independientemente de que posean o no los certificados de aceptación correspondientes para ser utilizados como teléfonos de pago ya que Telefónica únicamente puede, en uso de sus facultades delegadas de verificación que le otorga la Cláusula Undécima del Contrato con el Estado, 'verificar que los aparatos, dispositivos o sistemas conectados a los puntos de terminación de red o de conexión han obtenido los correspondientes certificados de aceptación y homologación'.

De esta conducta se considera responsable TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A..

Como consecuencia de lo actuado, el Servicio proponía:

"Primero.- Que se declare que de lo actuado en el presente expediente resulta acreditada la comisión por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de las prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el artículo 6.2.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ...y la participación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. en dichas prácticas prohibidas.

Segundo.- Que se resuelva sobre si los hechos descritos ... pueden constituir infracción a lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado C.E.E.

Tercero.- Que se adopten los demás pronunciamientos que se prevén en el artículo 46 y concordantes de la Ley 16/1989, para el supuesto de existencia de prácticas prohibidas, consistentes en la imposición de multas a que se refiere al artículo 10 del citado texto legal y cualquiera otros que el Tribunal estime pertinentes."

9. Por Auto del día 15.06.94 el Tribunal admitió el expediente a trámite y lo puso de manifiesto a los interesados, por un plazo de quince días, para que propusieran las pruebas que estimaran necesarias y solicitaran vista. Además, se previno a los interesados acerca de la posibilidad de que el Tribunal aplicara el artículo 86 del TCE. Adicionalmente, se acordó remitir al Servicio testimonio de los particulares necesarios para que, previas las averiguaciones correspondientes, incoe un nuevo expediente contra CABITEL por presunta infracción del artículo 6.1 de la LDC.

10. El día 11.07.94 TELEFÓNICA y 3C remitieron sendos escritos de alegaciones y de proposición de pruebas.

3C ha alegado, fundamentalmente, cuanto sigue:

- a) 3C ha intentado desarrollar en España una actividad calificada por la normativa comunitaria como de "valor añadido" consistente en poner a disposición, en lugares privados o semiprivados, de aquellos titulares de tarjetas de crédito aceptadas por el sistema de 3C una tecnología que permita a dichos titulares acceder a la red pública conmutada para realizar sus comunicaciones mediante pago diferido. Tal objetivo se ha visto dificultado por la actitud de TELEFÓNICA.
- b) En el primer trimestre del año 1991, "ante la ausencia de un planteamiento específico", 3C formuló ante la Administración su declaración de inicio de actividades y solicitó "homologación de los aparatos terminales con Modem y con función telefónica". Tras la emisión de los correspondientes certificados de aceptación de los aparatos, y al amparo de las Directivas 88/301 y 90/388, 3C inició su actividad y solicitó a TELEFÓNICA el arrendamiento de las líneas necesarias para la prestación de sus servicios. Por su parte, TELEFÓNICA retrasó o denegó la concesión de líneas telefónicas y denunció a 3C ante la Dirección General de Telecomunicaciones (DGT) por la realización de actividades reservadas al monopolio de TELEFÓNICA. Como consecuencia de la denuncia la citada DGT ordenó la incoación de un expediente sancionador contra 3C imputándole la comisión de dos infracciones: en primer lugar, la prestación de servicios reservados a TELEFÓNICA; en segundo lugar, la carencia del correspondiente certificado de aceptación de los aparatos homologados en función de su fin. En la Resolución dictada por la Secretaría General de Comunicaciones (SGC) se admiten dos principios: a) que, de acuerdo con la normativa vigente, el servicio prestado por 3C no es un servicio reservado y b) que los aparatos de 3C no causan daños a la red. El recurso ordinario planteado por 3C ha sido resuelto por silencio administrativo negativo. Las Resoluciones de la SGC y del Ministro del Departamento están pendientes de revisión por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Indica 3C que el expediente sancionador sólo se refiere a 3 de los 600 aparatos que tenía 3C en funcionamiento.

- c) Por medio de una carta informal, del día 04.01.93, del Director General de la Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas (dGCCCE) a las autoridades españolas, se señalaba que el servicio prestado por 3C en toda Europa no era un servicio de telefonía básica, sino abierto a la competencia. El propio Tribunal, en su Resolución del día 07.06.93, considera que la actividad que pretendía desarrollar 3C cabe dentro de lo que la legislación vigente denomina "servicios de valor añadido".
- d) Con el fin de contribuir a solucionar el problema planteado, las autoridades del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA) solicitaron a 3C que sometiera nuevamente sus aparatos a las pruebas complementarias correspondientes a las funciones telefónicas cuya práctica la Administración había considerado que no podía realizar. Reiterada la solicitud (con idéntica instancia), el día 05.03.93, la Administración resolvió de acuerdo con lo solicitado por la empresa.
- e) Tras la decisión del Tribunal de que se reabriese el expediente tramitado por el Servicio, TELEFÓNICA decidió interrumpir la concesión de nuevas líneas a 3C, empleando como amparo la cláusula undécima del Contrato con el Estado, pese a que dicha facultad es contraria a lo dispuesto en las Directivas 90/388/CEE de 28 de junio de 1990 y 88/301/CEE, de 16 de mayo de 1988, de la Comisión, y que ello iba más allá de las funciones atribuidas a TELEFÓNICA. Con dicha actitud TELEFÓNICA ha provocado unas pérdidas acumuladas a 3C, según dicha empresa, superiores a los 400 MPTA y ha obligado a reducir su plantilla en un 50 por ciento. Alega expresamente 3C que todo ello debe considerarse sin olvidar "la pérdida para 3C de un mercado de demanda en el que, al ser pionero, hubiera podido introducirse con relativa facilidad y que ahora aparece ocupado precisamente por TELEFÓNICA (los casos más señalados, aunque no los únicos, pueden ser los de Areas de Servicio en Autopistas y Aeropuertos Nacionales).

Tras las medidas cautelares concedidas por el Tribunal 3C ha obtenido las líneas que precisa para la prestación de sus servicios.

- f) La Comisión de las Comunidades Europeas ha abierto un procedimiento de infracción, previsto en el art. 169 del Tratado de Roma, contra el Reino de España. El día 04.05.94 la Comisión ha dirigido al Gobierno Español una Carta de Emplazamiento relativa a la falta de incorporación al ordenamiento jurídico español de los arts. 2 de la Directiva 90/388/CEE y 3 de la Directiva 88/301/CEE.

- g) Del análisis de la conducta de la Administración española y de TELEFÓNICA y de las Directivas comunitarias relacionadas con el caso que se examina, 3C concluye que "No está, pues, justificado que las autoridades españolas, amparándose en la falta de aprobación de un reglamento técnico, mantengan bajo el monopolio de TELEFÓNICA servicios que deberían estar abiertos a la competencia. Ello es así, sobre todo en el caso de los servicios de valor añadido, tal como la explotación de teléfonos públicos que funcionan con tarjeta de crédito que, a todas luces, no están comprendidos en la definición de telefonía vocal, dado que el operador afectado no lleva a cabo ni el transporte ni la conmutación de la voz, sino que se limita a adquirir este servicio al organismo de telecomunicaciones español, TELEFÓNICA de España."

TELEFÓNICA propuso la práctica de la siguiente prueba:

- 1ª) Aportar al expediente un documento, que se adjuntaba, consistente en una fotocopia de la Orden Ministerial del día 27.04.93 (BOE del día 28.04.93) por la que se aprueban determinadas tarifas de TELEFÓNICA y, en concreto, el punto sexto de la citada Orden referido al recargo por servicio en teléfonos de uso público.

Las pruebas propuestas por 3C son las siguientes:

- 2ª) Reproducir los documentos incorporados al expediente número 837/92 instruido por el Servicio.
- 3ª) Incorporar al expediente el escrito del dGCCCE al Director General de Telecomunicaciones (dGT) del MOPTMA, con fecha 04.01.93.
- 4ª) Oficiar a la Secretaría General Técnica (SGT) del MOPTMA o a la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas del Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE) para que manifieste si el día 04.05.94 la Comisión de las Comunidades Europeas ha dirigido determinada carta de emplazamiento al Reino de España por una posible violación de los artículos 2 de la Directiva 90/388/CE y 3 de la Directiva 88/301/CE, de la Comisión.
- 5ª) Oficiar a la SGT del MOPTMA o a la Dirección General de Coordinación Jurídica Comunitaria de la citada Secretaría de Estado para que remitan al Tribunal copia de la referida carta de emplazamiento.

- 6ª) Oficiar a la DGT del MOPTMA para que remita al Tribunal, íntegro, el expediente sancionador CI/S 1636/92, dirigido contra 3C, incluyendo el recurso interpuesto por 3C el día 13.07.93 y desestimado en virtud de silencio administrativo negativo.
 - 7ª) Oficiar a la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que acredite que tramita, con el número de recurso 04/0000037/1994, recurso contencioso-administrativo interpuesto por 3C contra las resoluciones de la SGT del MOPTMA del día 22.06.93 y del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, por silencio administrativo, dictadas en el citado procedimiento sancionador.
11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC, una vez examinadas las pretensiones de los actores, el Tribunal consideró en su Auto del día 28.07.94
- a) Que todos los documentos obrantes en el expediente forman parte del mismo a efectos de prueba.
 - b) Que los siguientes medios de prueba propuestos no eran pertinentes:
 - b.1) Las 1ª), 6ª) y 7ª), por figurar en el expediente.
 - b.2) La 4ª), por resolverse la cuestión directamente mediante la prueba 5ª).
 - c) Que eran pertinentes los medios de prueba propuestos 3ª) y 5ª) por contribuir de forma significativa a esclarecer el asunto que se discute.
- Solicitada la documentación citada a la Dirección General de Coordinación Jurídica e Institucional del MAE aquélla se recibió el día 11.08.94, incorporándose al expediente.
12. Solicitada la celebración de vista por parte de 3C, el Tribunal accedió. Mediante Providencia del día 21.09.94 se señaló el día 06.10.94, a las 10h. de la mañana, para la celebración de la misma.
13. El día 05.10.94 tuvo entrada en el Tribunal un escrito del representante legal de CABITEL. Tras alegar que CABITEL no había sido objeto de ningún pliego de concreción de hechos del que se pudiera deducir y en el que se le imputara una determinada práctica restrictiva de la competencia, solicitó la suspensión de la vista hasta la concreción de las imputaciones a CABITEL, la práctica de las correspondientes pruebas y la garantía del derecho a la defensa.

14. Según consta en la Diligencia de celebración de vista, el Letrado de CABITEL reiteró, como cuestión de orden previa, su solicitud de suspensión de la vista. El Tribunal argumentó las causas que justificaban la celebración de la vista. El Letrado de CABITEL manifestó su deseo de que quedase constancia expresa de la reserva de los derechos que puedan asistir a su representada en cuanto a que en ningún caso lo que se resuelva en el expediente pueda afectar al que se está instruyendo en el Servicio, relacionado con el que ahora se juzga, por una inculpación distinta, provocando indefensión.
15. Con fecha 11.10.94 se dictó una Providencia para mejor proveer cuyo objetivo era la determinación de la magnitud y las correspondientes participaciones empresariales en el mercado español de teléfonos con pago mediante tarjetas de crédito o débito. Las respuestas de TELEFÓNICA y 3C se recibieron el día 08.11.94
16. Con fecha 19.09.94 el Director General de 3C dirigió un escrito a la Dirección General de Defensa de la Competencia (DGDC) solicitando que propusiera al TDC el mantenimiento de las mismas medidas cautelares por el tiempo que estimase procedente y, si así lo considerase preciso, la extensión en el tiempo de la fianza correspondiente a cargo de 3C. El día 14.10.94 se recibió en el TDC la propuesta de la DGDC de que se otorgasen nuevas medidas cautelares.
17. Por Resolución del día 07.11.94 (Expte. MC 8/94, Teléfonos en aeropuertos) el TDC acordó conceder la medida cautelar solicitada por 3C consistente en ordenar a TELEFÓNICA que mantuviera las líneas telefónicas concedidas a 3C y que no pusiera obstáculos a la concesión de nuevas líneas telefónicas, por el tiempo de seis meses a contar desde dicha fecha. Como contramedida cautelar acordó solicitar de 3C "la prestación de una fianza, en forma de aval bancario, de hasta 50 millones de pesetas y por el tiempo de duración de la medida otorgada..."
18. Mediante Providencia del día 14.11.94 se puso de manifiesto el expediente a los interesados por un plazo de 15 días para que efectuaran las alegaciones que estimasen convenientes. Con fecha 05.12.94 se recibió escrito de alegaciones de 3C cuestionando los datos ofrecidos por TELEFÓNICA. TELEFÓNICA no ha presentado escrito alguno.
19. El Tribunal ha debatido acerca de la presente Resolución en sus Plenos de los días 20 y 27 de diciembre de 1994 y 10 de enero de 1995. El Tribunal encargó al Vocal ponente la redacción de la Resolución.

20. Son interesados: 3C Communications España S.A. y Telefónica de España S.A.

HECHOS PROBADOS

Actividades de 3C y TELEFÓNICA

- 1.- 3C es una empresa dedicada, principalmente, a la oferta de servicios de telecomunicaciones a través de terminales telefónicos instalados en lugares privados o semiprivados. Los servicios de 3C se ofrecen en zonas demaniales cuando dichas zonas han sido objeto de una concesión previa en favor de un operador privado. Los servicios se dirigen a una clientela restringida ("los hombres de negocios y el gran turismo") y aceptan tarjetas de débito o crédito como instrumentos de pago. La actividad de 3C requiere que TELEFÓNICA, empresa que presta servicios finales de telecomunicación en régimen de monopolio, otorgue la concesión de las correspondientes líneas telefónicas a las que conectar sus terminales telefónicos.

Homologación de los equipos de 3C

- 2.- En el Informe de Pruebas del Laboratorio de Certificación Técnica de Telefónica fechado el día 12.06.90 (folios 428 y ss.) se hace constar que "El equipo presentado es un TERMINAL PUNTO DE VENTA, el cual lleva incorporado un MODEM interno V.21, V.22 (300-1200 BPS). Asimismo, incluye un aparato microtelefónico que no ha sido requerido para realizarle las pruebas de certificación correspondientes". Con fecha 17.10.90 (folios 34 y 40), el dGT emitió los correspondientes certificados de aceptación para los terminales punto de venta (modem V.21 y V.22), fabricado por Techvik Elektronikproduktion AB (Suecia) (TEAB), marca Comvik Card Call (CCC), modelos 2A y 2C, con la inscripción E-95 90 0452 y E-95 90 0451, respectivamente, y plazo de validez hasta el día 31.10.95.
- 3.- Tras una nueva solicitud de homologación de los aparatos de 3C, en el mes de marzo de 1993, realizada con idéntica instancia a la empleada por 3C en el año 1990, mediante sendas Resoluciones de 11.10.93 (BOE del día 27.12.93) (folios 1051-1052) el dGT resolvió conceder los certificados de aceptación para el teléfono con modem (V21, V22), marca Comvik Card Call, modelos 2C y 2A, con las inscripciones E 98 93 0581 y E 98 93 0580, respectivamente, por el cumplimiento del R.D. 1376/1989, de 27 de octubre, con un plazo de validez hasta el día 31.10.1998 y con la advertencia explícita de que "Este certificado no supone permiso administrativo para ser utilizado como teléfono de pago".

Los aparatos de 3C no causan daños a las redes de telecomunicación

- 4.- El día 22.06.93, la SGC resolvió un expediente sancionador (pp. 1128 y ss.) incoado a 3C, el día 21.07.92, por el dGT. En la Resolución se afirmaba que "Debe estimarse el planteamiento expuesto por la entidad respecto a la no producción de daños en las redes de Telecomunicación, o por lo menos éstos no han sido constatados...".

Inscripción de 3C en el registro de Fabricantes, Importadores o Comercializadores de Equipos, Aparatos, Dispositivos o Sistemas de Telecomunicación.

- 5.- Mediante Resolución del dGT del día 07.05.90 (folio 426) se procedió a la inscripción de 3C en el Registro de Fabricantes, Importadores o Comercializadores de Equipos, Aparatos, Dispositivos o Sistemas de Telecomunicación, con el número 0025.

Demoras y/o negativas en la concesión de líneas telefónicas a 3C

- 6.- Las relaciones entre 3C y TELEFÓNICA datan del año 1989. Consta en el expediente (folios 174 y ss. con traducción en los folios 186 y ss.) una carta (sin fecha, pero que por su contenido se deduce que es anterior a la finalización del primer trimestre del año 1989) de 3C a TELEFÓNICA en la que se indica que entre los servicios ofrecidos está "la puesta a disposición de la función telefónica para efectuar sus diferentes llamadas". 3C manifestó sus deseos de iniciar su actividad antes de que TELEFÓNICA decidiera operar en el mercado de la telefonía con pago mediante tarjeta de crédito o débito. 3C operaba desde finales de los años ochenta en Suecia, Noruega, Finlandia y en todos los países de la Unión Europea, excepto España, Grecia y Portugal.
- 7.- Según datos de 3C obrantes en el expediente (folios 914 y ss.): a) sobre un total de 608 peticiones, TELEFÓNICA demoró en más de 12 meses la concesión de 67 líneas telefónicas; entre 6 y 12 meses la concesión de 72 líneas y entre 3 y 6 meses la concesión de 113 líneas; b) aunque 3C inició el proceso de solicitud de líneas telefónicas en el mes de diciembre de 1990, solamente le fue concedida 1 línea antes del mes de agosto de 1991. Durante este período 3C solicitó 120 peticiones de las cuales 7 resultaban inatendidas el día 08.10.93; y c) el plazo medio de concesión de las líneas telefónicas solicitadas ha sido de 4 meses y 11 días.

- 8.- TELEFÓNICA ha negado la conexión de líneas a 3C. Este es un hecho denunciado por 3C y reconocido por TELEFÓNICA. En efecto, en escrito del día 24.05.91, reiterando el del día 28.01.91, 3C se dirigió a TELEFÓNICA por vía notarial solicitando la concesión de líneas. Por su parte, en su escrito dirigido al Tribunal con fecha 19.05.93 (folios 669 y ss.), el Secretario General de TELEFÓNICA indica expresamente que "nunca se ha negado al arriendo de las líneas sino a la conexión a la Red Telefónica de unos terminales que carecen de título habilitante que les habilite para el uso al que van a ser destinados". Y continúa alegando el Secretario General de TELEFÓNICA que "en prueba de la buena fe de mi representada, Telefónica ha puesto de manifiesto ante la Dirección General de Telecomunicaciones, mediante escrito de 19.02.93, la retención de diversas solicitudes de 3C 'por entender que con sus actividades 3C no sólo vulnera el derecho exclusivo de Telefónica por la prestación del servicio telefónico de uso público sino que, además y fundamentalmente, la petición de 3C Communications viola la legalidad al solicitar líneas telefónicas para conexión de terminales no amparadas por el certificado de aceptación adecuado, sino expedido para uso distinto". TELEFÓNICA reconoce, pues, la negación de conexiones y la reiteración de peticiones.

Adicionalmente, en su escrito del día 02.07.93 (folios 725 y ss.), el Secretario General de TELEFÓNICA comunica a la DGDC que TELEFÓNICA, apoyándose en un informe de la DGT "y sólo cuando manifestación expresa de 3C Communications tuvo constancia de que pretendía efectivamente prestar un servicio para el que carecía de título habilitante, procedió a comunicar esta circunstancia a la DGT, suspendiendo de manera cautelar la concesión de nuevos accesos, manteniendo los hasta ese momento concedidos hasta la oportuna resolución de la DGT".

- 9.- Tras la concesión, el día 08.04.94, por parte del Tribunal, de las medidas cautelares solicitadas por 3C, esta empresa "ha vuelto a obtener de la Compañía, primero de una forma lenta y últimamente con mayor agilidad, las líneas que precisa para la prestación de sus servicios" (vid. escrito de alegaciones de 3C del día 11.07.94)

Solicitudes de instrucciones a la Administración por parte de TELEFÓNICA

- 10.- Con fecha 09.01.91 (folios 198-199), el Secretario General de TELEFÓNICA se dirigió al Delegado del Gobierno en dicha empresa, en relación con la publicación en el BOE de la citada Resolución del día 17.10.90, señalando, esencialmente que el Laboratorio de TELEFÓNICA, a solicitud de 3C, sometió el citado terminal a las pruebas correspondientes "para obtener el 'certificado como modem para la red telefónica

conmutada", indicando que tales equipos incorporaban un aparato microtelefónico y que "no habían sido solicitadas las pruebas de certificación para ser utilizados en su función telefónica". Se alertaba, además, acerca de "que la función primordial y básica a que van a ser destinados estos equipos por la empresa '3C Communications España S.A.' es la función telefónica, respecto de la que no se ha solicitado el preceptivo certificado de Aceptación a la Administración". Sobre la base de dichos argumentos TELEFÓNICA solicitaba al Delegado del Gobierno "que nos indique si debe acceder a las mismas y en caso afirmativo, si ello determinará la pauta de otorgamiento de certificados de aceptación para terminales que puedan ser empleados en la prestación del servicio telefónico en su modalidad de uso público."

- 11.- Con fecha 02.06.92 (pp. 743 y ss.), el Secretario General de TELEFÓNICA se dirigió al dGT como consecuencia del reconocimiento expreso a 3C respecto a la prestación de servicios de comunicaciones telefónicas mediante el uso de tarjetas de crédito, solicitando que "requiera a la empresa 3C Communications España para que se inhiba de desarrollar actividades que, de forma fraudulenta, menoscaben el régimen de monopolio que Telefónica de España, S.A. tiene otorgado para la prestación del servicio final telefónico y, en particular, de la telefonía de uso público; y asimismo tenga a bien revocar el Certificado de Aceptación concedido a las terminales Comwik Card Call mediante resolución de fecha 17-10-90, por estar dirigido esencialmente a funcionalidades diferentes de las amparadas por dicho certificado".
- 12.- En escrito del día 15.07.93 (folios 1016-1018) el Secretario General de TELEFÓNICA se dirigió a la SGC, tras constatar que 3C "continúa en la utilización de los aparatos implicados en la infracción por usos diferentes de los autorizados... " solicitando que se autorice a TELEFÓNICA "para que proceda a la desconexión de la red pública de los equipos de 3C Communications España, S.A., hasta tanto se encuentren amparados por el preceptivo certificado de aceptación adecuado y conforme el uso al que se destinan".

TELEFÓNICA, en escrito dirigido el día 16.09.93 al Delegado del Gobierno en TELEFÓNICA, tras conocer la resolución del expediente sancionador contra 3C, manifestaba haberse dirigido a la DGT solicitando instrucciones, de conformidad con la cláusula 11 del Contrato vigente de concesión con el Estado, para regularizar la situación. Adicionalmente, TELEFÓNICA comunicaba al Delegado del Gobierno que "hasta tanto no se reciban las oportunas indicaciones de la Administración, Telefónica ha mantenido y mantendrá el *'status quo'* a la empresa sancionada, por lo que respecta a los contratos en vigor" y subrayaba que "no obstante, para los que pretenda

suscribir en el futuro, y si no se recibe indicación en contra de la Dirección General de Telecomunicaciones, procederemos a verificar que las terminales que pretende conectar 3C Communications están correctamente amparadas por el correspondiente certificado de aceptación".

Sin embargo, ante la falta de respuesta por parte de la citada SGC, en escrito fechado el día 20.12.93 (folios 1012 y ss.), dirigido al Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro de la DGDC, TELEFÓNICA señala que "ha respetado el status de 3C Communications (a sabiendas de la ilegalidad) hasta tanto se produzca un pronunciamiento expreso por parte de la Administración de Telecomunicaciones".

Respuestas de la Administración a TELEFÓNICA

- 13.- Como respuesta a la solicitud de TELEFÓNICA del día 09.01.91, el día 30.01.91 (folios 200-201), el Secretario General de la Delegación del Gobierno en TELEFÓNICA comunicó al Secretario General de dicha empresa que, dado que de los contactos mantenidos con la DGT "se desprende que el certificado de aceptación fue concedido para uso como 'terminal punto de venta' y no como 'terminal de telefonía de uso público' por lo que si este fuera el destino que '3C Communications España, S.A.' pretendiera para las solicitudes que en su escrito se señalan, podría iniciarse a requerimiento de esa compañía ante la Delegación del Gobierno, un expediente de inspección,..". Añade la citada carta "que se ha comentado con la Dirección General de Telecomunicaciones la posibilidad de que en futuros certificados de aceptación para equipos semejantes aparezca expresamente la excepción de uso como terminal público, manifestándose de acuerdo dicha Dirección General".

Ausencia de instrucciones del organismo regulador a TELEFÓNICA

- 14.- El dGT, en escrito del día 16.12.93 (folios 1022-1024) dirigido al dGDC, señala que "Por este Ente Directivo no se han dado instrucciones concretas a Telefónica de España S.A. de que denegara la conexión de las terminales telefónicas solicitadas por 3C COMMUNICATIONS ESPAÑA S.A."

Acotación de las atribuciones de TELEFÓNICA según el organismo regulador

- 15.- Con fecha 15.03.91, el Subdirector General de la DGT emitió un informe (folios 203 y ss.), en el que señalaba, entre otras cuestiones, que "5º) ... dado que 3C Communications en ningún caso expresa su intención de utilizar los equipos objeto del presente informe para la prestación de un

servicio de telefonía de uso público como tampoco el de cualquier otro servicio de telecomunicaciones tanto sea de prestación en monopolio como de libre concurrencia, sin haber obtenido previamente el título habilitante que corresponde, no puede presuponerse esa finalidad a dicha empresa, por lo que procede autorizar la conexión sin perjuicio de que una vez efectuada ésta, si se detecta su uso para fines distintos de la función de modems de la red telefónica conmutada, que fue para la que obtuviera el correspondiente certificado de aceptación, se puedan iniciar las oportunas acciones inspectoras o sancionadoras bien de oficio o a instancia de parte". Una síntesis de este último párrafo fue comunicada por el Secretario General de la Delegación del Gobierno en TELEFÓNICA al Secretario General de TELEFÓNICA con fecha 19.04.91 (folio 734).

El expediente sancionador incoado a 3C está pendiente de revisión por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

- 16.- En la citada resolución de la SGC del día 12.06.93 relativa a un expediente referido solamente a 3 aparatos de los, aproximadamente, 600 que 3C tenía en España, entendió (FD 1,6º,2 folio 1133) que "De acuerdo con la definición de servicios de telefonía vocal, es imposible concluir que 3C Communications España S.A., presta un servicio de telefonía vocal reservado..." y declaró a 3C responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave consistente en la "Instalación de equipos de telecomunicación no homologados o que carecen del preceptivo certificado de cumplimiento de especificaciones técnicas, para el uso a que están destinados, infracción prevista en el Artº. 33.3 1) de la Ley 31/87, y se la corrige con sanción económica de UN MILLÓN DE PESETAS (1.000.000), en aplicación del Artº. 34.1 de la mencionada norma". El consecuente recurso de 3C se resolvió por silencio administrativo. Las actuaciones de la Administración de Telecomunicaciones están actualmente pendientes de revisión por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En la Resolución del TDC del día 03.06.93 (Expte. A 46/93) se explicitaba claramente que el análisis del asunto que se juzga exige distinguir dos cuestiones: en primer lugar, las actividades reguladoras y de control y, en segundo lugar, las actividades de prestación de bienes y servicios. Las primeras corresponden a la SGC del MOPTMA. Las segundas son competencia de los operadores económicos afectados por la regulación de las telecomunicaciones. En el caso que se examina, los operadores implicados son TELEFÓNICA y 3C.

- 2.- Se discute en el expediente si la actividad que 3C pretende desarrollar en España es un servicio de telefonía vocal o si se trata de un servicio de valor añadido de los definidos en el art. 20 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). La cuestión es relevante dado que, como señala el art. 20.2 de la LOT, "los servicios de valor añadido se prestan en régimen de concurrencia" sin perjuicio de que, excepcionalmente, el Gobierno pueda excluir de dicho régimen determinados servicios cuando concurren las circunstancias señaladas en el art. 24.4, que no han sido invocadas a lo largo del presente expediente.

La definición del servicio de telefonía vocal limita el servicio que puede mantenerse bajo monopolio a la conmutación de la voz desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada. El adjetivo 'conmutada' empleado en la expresión distingue dos partes de la red pública: la conmutada por el operador de la red para establecer comunicaciones entre los abonados al servicio telefónico; y la parte de la red, no conmutada por dicho operador, consistente en conexiones fijas alquiladas a empresas para sus comunicaciones propias. Concretamente, las terminales de la red pública conmutada designan los puntos de conexión de la red pública definidos por un número de llamada del servicio telefónico público (que, en principio, se relacionan en la guía telefónica).

De la definición del servicio de telefonía vocal reservado se desprende, por consiguiente, que el servicio de telefonía entre dos terminales de conexiones fijas o entre una terminal de conexión fija y otra de la red pública conmutada es, por el contrario, un servicio abierto a la competencia. La nota remitida por la Comisión Europea al Ministro de Asuntos Exteriores el día 04.05.94 afirmaba que "los servicios de telefonía vocal, que los Estados miembros pueden seguir encomendando de forma exclusiva a su organismo de telecomunicaciones, se definen en el séptimo guión del artículo I de la Directiva (90/388/CEE) como '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'.

La expresión 'para el público' limita, asimismo, el alcance del monopolio de la telefonía vocal. La utilización de esta expresión obedece a la voluntad de evitar que se impongan restricciones que no resulten imprescindibles a los servicios de telefonía. El término 'público' no se define, en parte para que los Estados miembros dispongan de cierta libertad para definirlo en su normativa de acuerdo con la práctica y la terminología jurídica usual en su Ordenamiento interno. No obstante, el servicio reservado debe limitarse, en cualquier caso, al servicio de telefonía vocal ofrecido al público en general

en las mismas condiciones. Los Estados miembros no pueden interpretar el término 'público' de manera que el monopolio de la telefonía vocal se haga extensivo a las comunicaciones entre personas que, por los vínculos existentes entre ellas, no pueden considerarse parte del público en general. El concepto de 'grupo restringido de usuarios' se utiliza con frecuencia para designar lo contrario del público en general, pese a no haber una definición comúnmente admitida de tal concepto".

En este punto, aun quedando clara la naturaleza de los servicios que presta 3C, en caso de posible duda, quien hubiera debido determinar la naturaleza de la actividad que 3C pretendía desarrollar en España es exclusivamente el órgano regulador. Dicha función no corresponde en ningún caso a TELEFÓNICA que ostenta el monopolio del servicio de telefonía vocal.

Las decisiones del órgano regulador deben poderse recurrir y, además, deben cumplir los requisitos establecidos por la Directiva 90/388/CEE de la Comisión CE de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DOCE de 24 de julio de 1990).

- 3.- La LOT, en su art. 13.2, definía el servicio telefónico básico, no expuesto a la competencia, de forma idéntica a la definición de servicio de telefonía vocal empleado por la citada Directiva. La definición es suficientemente clara para poder ser aplicada. No debe caber duda, pues, acerca de su alcance. En consecuencia, el amparo en la falta de justificación en el ordenamiento jurídico no es un argumento bastante para mantener los servicios que deseaba prestar 3C protegidos de la competencia. Como se señala en la evaluación jurídica del alcance del art. 2 de la Directiva realizada por la Comisión Europea, "No está, pues, justificado que las autoridades españolas, amparándose en la falta de aprobación de un reglamento técnico, mantengan bajo el monopolio de Telefónica servicios que deberían estar abiertos a la competencia. Ello es así sobre todo en el caso de servicios de valor añadido, tal como la explotación de teléfonos públicos que funcionan con tarjeta de crédito que, a todas luces, no están comprendidos en la definición del servicio de telefonía vocal, dado que el operador afectado no lleva a cabo ni el transporte ni la conmutación de la voz, sino que se limita a adquirir este servicio al organismo de telecomunicaciones español, Telefónica de España".
- 4.- La Directiva 86/361/CEE quedó derogada el día 06.11.92 por el art. 16 de la Directiva de Consejo 91/263/CEE, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicación, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. Esta Directiva enumera, en su art. 4, los nuevos requisitos

que deben cumplir los aparatos terminales. Como indica la Comisión Europea en su nota del día 04.05.94, que obra en el expediente, "cabe señalar que todos los aparatos terminales no han de reunir el conjunto de requisitos esenciales enumerados en dicho artículo antes de ser comercializados o conectados a la red pública. La letra g) del artículo 4 precisa que los equipos terminales sólo deberán cumplir el requisito de interfuncionamiento a través de la red pública de telecomunicaciones en casos justificados. De acuerdo con la Directiva, por casos justificados se entienden aquellos en que los equipos terminales considerados se utilicen para un servicio reservado o un servicio del que, por decisión comunitaria, deba disponerse en toda la Comunidad. Como, hasta la fecha, la Comunidad no ha designado tales servicios, únicamente se ven afectados los equipos terminales utilizados en la prestación del servicio telefónico reservado".

Los equipos terminales utilizados en la prestación de servicios telefónicos que no se incluyan en la telefonía vocal a efectos de la Directiva de la Comisión 90/388/CEE, prosigue la citada nota, "no pueden, por tanto quedar sujetos al requisito esencial de la letra g) del artículo 4 de la Directiva 91/263/CEE. Así pues, los equipos terminales empleados en un servicio que no conlleva el transporte y la conmutación de la voz, sino únicamente la oferta de acceso al servicio telefónico de un organismo de telecomunicaciones en determinadas condiciones de pago a distancia, no han de cumplir el requisito de la letra g) del art. 4. Dicha oferta de acceso al servicio telefónico reservado es un servicio abierto a la competencia. Por consiguiente, debe permitirse a los competidores determinar por sí solos la calidad del servicio que se proponen prestar y su precio. Es posible que algunos usuarios prefieran pagar menos y conformarse con un servicio basado en terminales cuyo interfuncionamiento a través de la red pública no cumpla las normas fijadas para los equipos terminales utilizados en el servicio telefónico reservado".

La aplicación de cuanto antecede al derecho español permite concluir a la Comisión que, dado que la LOT no precisa el régimen aplicable a los equipos terminales con respecto a los cuales no existen especificaciones de homologación, sobre la base de la *ratio legis* del texto y, en particular, del apartado 2 del artículo 14, puede presumirse que tales equipos terminales pueden conectarse libremente a la red pública siempre que no constituyan una amenaza para la seguridad de los usuarios y el correcto funcionamiento de la red de telecomunicaciones a la que estén conectados; y añade que "Dado que los equipos considerados estaban ya cubiertos por la autorización de los modem, había que determinar si dichos equipos planteaban problemas de interfuncionamiento con los de la red telefónica pública con vistas a establecer, modificar, gravar, mantener o liberar

conexiones reales o virtuales. Ahora bien, cuando los equipos considerados se sometieron a las oportunas pruebas no se hallaron obstáculos en este sentido. Por otra parte, y con posterioridad a la decisión de 22 junio de 1993, los referidos equipos parecen haber sido homologados en base a las especificaciones aplicables a los aparatos terminales destinados a ser utilizados para la telefonía vocal reservada, lo que confirma que no suponían amenaza alguna ni para la seguridad de los usuarios ni para el correcto funcionamiento de la red a la que estaban conectados".

Por estas razones, que el Tribunal hace suyas, se entiende que cualquier equipo homologado debe satisfacer, cuanto menos, la exigencia de protección de la red pública de telecomunicaciones. Y esta exigencia se cumplía pues, como se ha manifestado en la citada Resolución de la SGC, los aparatos de 3C no perjudicaban la red. Tampoco puede invocarse, como hizo TELEFÓNICA en el escrito que dirigió al Delegado del Gobierno en dicha empresa "Que la función primordial y básica a que van a ser destinados estos equipos por la Empresa '3C Communications España, S.A.' es la función telefónica, respecto de la que no se ha solicitado el preceptivo certificado de Aceptación a la Administración". (folio 198).

- 5.- El contenido de la citada Directiva puede ser, a los efectos de la aplicación de la legislación sobre la competencia, y en general, invocado 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 someten la explotación de los servicios de telecomunicaciones sin que las autoridades españolas hayan comunicado procedimiento alguno. Dicha invocación es posible porque, además, se cumplen los otros requisitos del efecto directo, a saber: a) la Directiva es clara y no ambigua; b) el mandato de la Directiva es incondicional; y c) la Directiva no exige un ulterior desarrollo legislativo. *Vid.* a este respecto las Sentencias del TJCE de 5 de abril de 1979 As C.148/78 (RATTI) y de 13 de noviembre de 1990 As C.106/89 (Marleasing). En relación con el art. 2 de la Directiva de la Comisión (90/388/CEE) de 28.06.90, el día 31.12.90 deberían haberse adoptado las medidas necesarias para liberalizar los servicios telefónicos distintos de la telefonía vocal. Además, según el art. 3 de la Directiva de la Comisión (88/301/CEE) de 16.05.88, los Estados miembros deben garantizar a los operadores económicos los derechos a importar, comercializar, conectar, poner en servicio y mantener los aparatos terminales. La fecha límite para notificar a la Comisión los proyectos de especificaciones técnicas y las normas de procedimiento correspondientes terminaba definitivamente el día 30.06.90.

- 6.- Dos cuestiones, pues, deben ser tratadas para precisar el alcance del asunto que se discute. Y ello de forma inequívoca que evite cualquier discusión al respecto. En primer lugar, si la actividad de 3C corresponde a lo que la legislación vigente denomina "servicios de valor añadido" y, en segundo lugar, si los terminales de 3C pueden perjudicar la infraestructura telefónica.

En relación con la primera cuestión, ha sido el parecer de este Tribunal -y así lo manifestó en la citada Resolución del día 03.06.93- y es el parecer de la Comisión Europea, según se desprende de la citada nota, que la actividad de 3C se incluye dentro de lo que la legislación vigente denomina servicios de valor añadido. Las razones de ello son, esencialmente, las siguientes: a) emplean exclusivamente como soporte servicios finales o servicios portadores (en este caso, servicios finales de telefonía); y b) se añaden al servicio facilidades adicionales y se satisfacen nuevas finalidades. En efecto, los servicios ofrecidos por 3C permiten el pago mediante el empleo de una tarjeta personal de crédito o débito. Para ello, el sistema debe acceder a una base de datos para reconocer la tarjeta y cargar el adeudo correspondiente al servicio prestado.

En esta misma línea se manifestaba el dGCCCE. En efecto en la carta del día 04.01.93, dirigida al dGT, refiriéndose a la explotación de teléfonos con tarjetas de crédito afirma que "En realidad este servicio, que consiste en revender con un valor añadido en materia de facilidades de pago el servicio final de telefonía vocal explotado por Telefónica, no está incluido entre las excepciones de los servicios que debían haber sido liberalizados el 1 de Enero de 1991...".

En consecuencia, la actividad de 3C no constituye un servicio de interés general, debe ser prestada en régimen de libre competencia y la habilitación correspondiente debe cumplir los requisitos de la citada Directiva 90/388. En este punto cabe reiterar lo manifestado por este Tribunal en su Resolución del día 03.06.93: "Puesto que las autoridades españolas no han comunicado procedimiento de habilitación a la Comisión, se entiende que la prestación de la actividad es libre". Y así lo ha establecido la SGC al afirmar que es imposible concluir que 3C presta un servicio de telefonía vocal reservado.

Por otra parte, en la citada nota remitida por la Comisión Europea al Ministro de Asuntos Exteriores español, el día 04.05.94, se indica, entre otras cuestiones, que todo servicio de telefonía que no quede englobado en esta definición ha de liberalizarse y que los Estados miembros están obligados a notificar las medidas adoptadas para suprimir, en su caso, los correspondientes derechos exclusivos antes del citado día 1 de enero de 1991.

Respecto a la segunda cuestión, tampoco cabe aceptar la afirmación respecto de que los terminales de 3C pueden perjudicar la infraestructura de telecomunicaciones. En efecto, tal como ha manifestado la SGC, las actividades de 3C no se han traducido en daños en las redes de telecomunicaciones. Por otra parte, la seguridad del usuario y la garantía del funcionamiento de las redes ya resultaban amparadas por el correspondiente certificado de aceptación.

- 7.- Pero, además, TELEFÓNICA, y esta es una cuestión fundamental en la presente discusión, no está autorizada a denegar o retrasar *motu proprio* el arrendamiento de líneas telefónicas ni a impedir la conexión de los terminales de 3C a la red, *maxime* cuando dichos terminales han sido homologados al cumplir los requisitos legalmente exigidos. En efecto, de acuerdo con la Resolución del día 14.01.92 (BOE del día 21) de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que se dispone la publicación del Contrato del Estado con TELEFÓNICA, dicha compañía tiene delegadas facultades de verificación pero no de ejecución de decisiones de denegación de líneas. En la cláusula undécima, tantas veces invocada, se señala expresamente que una de las funciones de TELEFÓNICA es evitar el mal uso de los servicios indicándose que, si de las comprobaciones correspondientes "se desprendiese un uso fraudulento o indebido, lo pondrá en conocimiento del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para que éste, en ejercicio de sus potestades, adopte las medidas necesarias para hacer cesar de modo inmediato la utilización de los servicios de forma indebida o para usos distintos de los contratados por parte de los usuarios" y concluye dicha cláusula diciendo que "cuando no sea posible la intervención inmediata de los servicios de inspección del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y en casos de reconocida urgencia, podrá proceder cautelarmente a la desconexión de la red de cualquier aparato, equipo, dispositivo o sistema que pueda afectar gravemente al normal funcionamiento de los servicios prestados o producir daños muy graves en las redes de telecomunicación. De ello dará cuenta, en el plazo máximo de 48 horas, a la autoridad administrativa, que adoptará las medidas oportunas". Es, pues, la Administración de las telecomunicaciones la instancia que debe decidir acerca de las conexiones. En ningún caso está habilitada TELEFÓNICA para tomar decisiones al respecto. Y TELEFÓNICA conocía el preciso alcance de sus competencias. La conducta de TELEFÓNICA se apoyó en su posición de dominio, no en el amparo legal de dicha conducta.
- 8.- En síntesis, la determinación de la naturaleza del servicio que pretende ofrecer 3C, las eventuales condiciones de la prestación, las condiciones de la homologación de sus terminales y la capacidad para denegar la

concesión de nuevas líneas o desconectar las existentes son asuntos cuya resolución corresponde al organismo regulador, no a TELEFÓNICA. Pero no ha sido el organismo regulador quien ha resuelto el retraso o la interrupción de las conexiones de los terminales solicitados por 3C. Ha sido TELEFÓNICA, de forma unilateral y sin la preceptiva autorización del organismo regulador, quien ha decidido retrasar el arrendamiento de las líneas y/o no permitir la conexión de terminales homologados a la red, reduciendo la expansión de 3C en España. No tenía opción 3C para recurrir a otro operador distinto de TELEFÓNICA. Por esta razón, los retrasos de TELEFÓNICA en la concesión de líneas a 3C han causado un daño sin posibilidad de subsanación en el mismo momento.

9. Ha alegado TELEFÓNICA que reiteradamente se dirigió a la Administración reguladora o a su representante legal solicitando instrucciones acerca de la conducta a seguir, de acuerdo con la cláusula undécima del Contrato de concesión con el Estado. Las respuestas de la Administración nunca incluyeron instrucciones acerca de la conducta a seguir por TELEFÓNICA. Sin embargo, pese a ello, TELEFÓNICA decidió retrasar o impedir la concesión de líneas telefónicas a 3C.
- 10.- TELEFÓNICA detenta el monopolio legal para las actividades y servicios reservados. Como todo monopolio dispone de una posición de dominio en su mercado y en los mercados que exigen necesariamente la utilización de sus servicios. Como señala la citada Directiva de la Comisión (88/301/CEE), "los organismos de telecomunicaciones ejercen individual o conjuntamente un monopolio sobre la red nacional de telecomunicaciones". De todo cuanto antecede se desprende que TELEFÓNICA ha abusado de su posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones español al intentar impedir la actividad de un competidor de pequeña dimensión. Dicha conducta infringe lo establecido en el art. 6.2.c) de la LDC e infringe también el art. 86 del Tratado CE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, expresada en las sentencias 23 de abril de 1991 As C-41/90 (Höfner) en cuanto a que el territorio de un Estado miembro puede constituir una parte sustancial del Mercado Común, y de 13 de diciembre de 1991 As C.18/88 (RIT) y de 17 de noviembre de 1992 As 271/80 (Competencia en los mercados de telecomunicaciones) sobre el fondo de la cuestión. La aplicación del art. 86 TCE a España corresponde al TDC en virtud de lo dispuesto en el art. 1 del RD 1882/86 de 29 de agosto.

En consecuencia, procede, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46 de la LDC, 1º) declarar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida; 2º) ordenar la cesación de dicha práctica y 3º) imponer una sanción económica a TELEFÓNICA.

- 11.- Así lo ha considerado también, en un caso similar, la Autoridad Garante de la Competencia y el Mercado Italiana. En efecto, la conducta de TELEFÓNICA analizada en el presente expediente tiene un paralelismo claro con la conducta llevada a cabo por el monopolio legal italiano SIP s.p.a., que, como TELEFÓNICA, mantiene una posición dominante en el mercado de telecomunicaciones. En relación con este asunto, la citada Autoridad Garante resolvió, en su sesión del día 04.03.92, intimar a la empresa SIP s.p.a. a poner fin inmediatamente a su conducta abusiva.
- 12.- Según dispone el art. 10 de la LDC, para fijar la sanción a los operadores económicos que infrinjan lo dispuesto en la LDC el Tribunal deberá tener en cuenta dos cuestiones. Por un lado, el TDC debe fijar la cuantía de la sanción siguiendo los criterios establecidos en el apartado 2 de dicho artículo. Por otro lado, el TDC debe asegurar que la cuantía fijada no supere los límites establecidos en el apartado 1 del mismo artículo.

12.1) Cuantía de la sanción

La cuantía de la sanción debe graduarse en función de las circunstancias de la violación y de la gravedad de la infracción y ésta, a su vez, debe efectuarse tomando en cuenta, en particular, la naturaleza de las restricciones a la competencia. Tal criterio ha sido utilizado por el Tribunal de 1ª Instancia de las Comunidades Europeas y se contiene, por ejemplo, en la St. de 14.07.94, As. T-77/92, Parker Pen Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas. Según el art. 10.2 de la LDC, la cuantía de la sanción debe ser fijada atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente: 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) Modalidad de la infracción

El abuso de posición de dominio ha sido considerado por este Tribunal como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia (Resolución del día 29.07.93, 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 14.02.78, United

Brands; 13.02.79, Hoffman Laroche y 14.05.88, Bodson/Pompas Fúnebres de las Regiones Liberadas.

Además, la modalidad de la infracción realizada por TELEFÓNICA reviste, según el TDC, una gravedad especial por cuanto concurren en la misma la figura de un monopolio legal que, al amparo de su posición de dominio, abusa del mismo, lo extiende a un mercado distinto pero conexo y cierra el mercado a un competidor perjudicándole al limitar a aquél su capacidad de expansión perjudicando, además, a los usuarios del servicio los cuales, ante la inexistencia de dicho servicio, deben hacer frente a mayores costes y dificultades (comisiones por cambio de moneda, pérdidas de tiempo para realizar una llamada telefónica, p.e.) para satisfacer sus necesidades de comunicación telefónica.

Y la infracción es particularmente grave por cuanto el monopolio legal reviste una excepcionalidad -que exige una reserva de Ley- justificable, exclusivamente, en aras del interés general al que debe subordinarse en cualquier caso. Y es justamente el interés general lo que ha sido desviado por TELEFÓNICA, en beneficio de sí misma y en perjuicio de 3C. Pero los efectos de la conducta de TELEFÓNICA tienen un alcance aún superior al haber limitado el desarrollo de los servicios telefónicos de valor añadido en España, afectando negativamente a otras empresas e impidiendo la expansión de "una de las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de las actividades económicas y de un mercado competitivo... tanto desde el punto de vista de los consumidores como de los usuarios", según reza la citada Directiva 90/388/CEE.

Y la gravedad de la infracción no resulta suavizada por el hecho de que, según 3C, TELEFÓNICA no haya sido "capaz de explotar con provecho su abuso de posición dominante..." (escrito del día 05.12.94). Esta es una cuestión que afecta sólo a TELEFÓNICA. En efecto, en la Exposición de Motivos de la LDC se declara taxativamente que "la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad, constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante fase en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa". Y ha sido justamente el ejercicio de dicha libertad esencial lo que ha resultado coartado por la conducta extralimitada e injustificada de TELEFÓNICA que, en ningún caso, estaba autorizada a retrasar o denegar la concesión de líneas a 3C.

Para enjuiciar debidamente la relevancia de cuanto se discute debe subrayarse que la presencia de 3C en el mercado español suponía abrir los mercados de los servicios de valor añadido en el sector de las telecomunicaciones por primera vez. Solamente gracias a las medidas cautelares dictadas por el TDC TELEFÓNICA ha cesado en su actividad restrictiva de la competencia y 3C ha podido actuar en el mercado sin otras limitaciones que las derivadas de la propia dimensión del mercado. La conducta de TELEFÓNICA en este caso concreto ha afectado sin duda a las decisiones de otros operadores económicos en otros mercados de servicios de valor añadido desmonopolizados.

b) Dimensión del mercado afectado

El mercado de producto relevante es el mercado de los servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito. Inicialmente sólo 3C proporcionaba tales servicios. La competidora más próxima era, pues, TELEFÓNICA. TELEFÓNICA no lanzó sus servicios telefónicos con posibilidad de pago mediante tarjeta de crédito o débito hasta 18 meses después de 3C. Y TELEFÓNICA aprovechó el período de tiempo durante el cual limitó la expansión de 3C para facilitar la penetración y extensión de la actividad de su empresa filial en el mismo mercado que restringió para 3C.

El mercado geográfico relevante es el mercado español. Esto es así por dos motivos: en primer lugar, por la imposibilidad de que los usuarios en España puedan emplear servicios no españoles. En segundo lugar, por la especificidad de la legislación española sobre telecomunicaciones. Además, a efectos de la pertinente aplicación de la legislación comunitaria entiende este Tribunal que el mercado español constituye una parte relevante del mercado comunitario, de acuerdo con lo manifestado en el FD n. 10. Semejantes argumentos se reproducen en la citada Directiva 88/301/CEE.

De las cifras que obran en el expediente se deducen distintas estimaciones del mercado relevante en el caso de que no hubiera habido restricción en la concesión de líneas a 3C por parte de TELEFÓNICA. Es necesario, pues, estimar objetivamente una cifra. Y el mejor procedimiento es tomar en consideración lo ocurrido en otros países como punto de referencia.

A finales del año 1993, 3C contaba con 605 terminales. Probablemente dicha cifra hubiera sido superior en ausencia de las restricciones impuestas por TELEFÓNICA. La actividad de

TELEFÓNICA desaceleró la actividad de 3C directamente, e indirectamente por el efecto disuasorio sobre los clientes potenciales de 3C. Declara 3C que, de no haber existido restricción alguna, dispondría de 1.985 terminales frente a los 628 terminales instalados en el mes de septiembre de 1994. Y, según 3C, su cifra de ventas se hubiera acercado a bs 1.500 MPTA en lugar de alcanzar los 147 MPTA de ingresos netos. Tales cifras no han sido contestadas por TELEFÓNICA. Y la conducta de TELEFÓNICA, como se ha señalado, también ha contribuido a imponer barreras a la entrada en los mercados relacionados con otros servicios de valor añadido. De no haber sido así, cabe pensar que en la actualidad habría más operadores y más servicios ofrecidos a los ciudadanos en un mercado progresivamente desmonopolizado y ampliado por las nuevas tecnologías.

Los datos obrantes en el expediente permiten estimar los resultados de 3C de acuerdo con la conducta media de 9 países, a saber: Suecia, Noruega, Dinamarca, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Francia y Alemania.

De acuerdo con dichas estimaciones 3C contaría con 1.282 terminales y unos ingresos anuales por línea de 558.537 PTA. En cualquier caso, las estimaciones resultantes son inferiores a las ofrecidas por 3C que no fueron discutidas en ningún momento por TELEFÓNICA. En consecuencia, los ingresos totales de 3C en España habrían alcanzado los 716 MPTA y la magnitud del mercado relevante (inferior al mercado realmente afectado), considerando los ingresos de TELEFÓNICA, sería de 827,6 MPTA.

c) Cuota de mercado

La cuota de mercado -directa o indirecta- de TELEFÓNICA, estimada en unidades físicas, es, como mínimo, del 98%. En efecto, según se desprende de la información recabada y suministrada por las empresas, de las 32.297 unidades que según TELEFÓNICA admiten tarjetas de crédito o débito al cierre del ejercicio de 1993, 3C administraba 605 terminales.

La estimación de la cuota actual de mercado en unidades monetarias adquiere mayor complejidad. TELEFÓNICA alega que sus ingresos en el mercado analizado ascendieron a 111,6 MPTA, cifra que corresponde a 9,5 PTA/teléfono/día. Por su parte, 3C ha manifestado unos ingresos netos de 147 MPTA, lo que supone unos ingresos netos de 669,0 PTA/teléfono/día. Atendiendo a los datos

monetarios suministrados que obran en el expediente, TELEFÓNICA tendría una cuota de mercado del 43,1%.

La interpretación de los datos es elocuente. En efecto, cabe interpretar que es justamente la diferencia de los resultados lo que explica el interés de TELEFÓNICA por impedir/dificultar la presencia en el mercado de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito prestados por una empresa competidora. La presencia de 3C en el mercado se ha visto reducida de forma significativa por la conducta del monopolio legal, mediante de una conducta no amparada legalmente. Y la conducta de TELEFÓNICA no ha sido la que debe corresponder y debe exigirse a una empresa entre cuyas obligaciones figura la cobertura de la demanda de un servicio público.

d) Efectos de la restricción de la competencia

3C manifestó a TELEFÓNICA sus deseos de iniciar su actividad antes de que TELEFÓNICA operara en el mercado de la telefonía con pago mediante tarjeta de crédito o débito. La conducta de TELEFÓNICA ha conllevado limitaciones a la actividad mercantil de 3C. Los daños reales estimados de la conducta de TELEFÓNICA han sido importantes. En efecto, la conducta de TELEFÓNICA ha perjudicado tanto a 3C como a los usuarios del servicio de 3C. También ha perjudicado a los potenciales suministradores y usuarios de otros servicios de valor añadido. El daño ha sido elevado al no tener 3C -y el resto de operadores potenciales- opción a recurrir a un operador distinto de TELEFÓNICA para conseguir líneas. Además, ha perjudicado al desarrollo tecnológico al impedir o dificultar la implantación y extensión de sistemas modernos de comunicación telefónica superadores de los sistemas tradicionales de acuerdo con lo señalado por la citada Directiva 90/388/CEE. El interés general, bien superior que debe ser defendido por el TDC, ha resultado afectado negativamente y de forma significativa y reiterada en beneficio de una empresa que ostenta un monopolio legal y que al amparo del mismo se ha excedido en sus atribuciones en perjuicio de un amplio colectivo de ciudadanos y empresas.

e) Duración de la restricción de la competencia

La competencia ha resultado restringida, al menos, durante dieciocho meses. Durante dicho período TELEFÓNICA se preparó para entrar en un mercado que resultaba restringido por la propia conducta de TELEFÓNICA.

f) Reiteración de las conductas prohibidas

Además, y no menos importante, no es la primera vez que TELEFÓNICA, amparándose en su posición de dominio, ha abusado de la misma. En consecuencia, tampoco es la primera ocasión que este Tribunal debe entender sobre asuntos relacionados con TELEFÓNICA. A continuación se señalan dos Resoluciones del Tribunal en las que TELEFÓNICA ha sido declarada responsable de una infracción contraria a la legislación de la competencia.

- f.1) Expte. 167/80. Resolución de la Sección Primera del día 26.03.81. Expediente incoado en virtud de denuncia tramitada por la Organización de Consumidores y Usuarios y de los Usuarios del Teléfono y la Telecomunicación por supuesto abuso de posición de dominio. El Tribunal 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. Se condenó a TELEFÓNICA intimándola a cesar en dicha práctica. Interpuesto el correspondiente recurso de súplica por los denunciantes solicitando la ampliación de la declaración del Tribunal a los contratos-tipo de los abonados y a los contratos con anunciantes de la Guía Telefónica, el Pleno del Tribunal resolvió el día 01.07.81 confirmando la Sentencia recurrida y considerando que no procedía declarar la prohibición de las cláusulas-tipo de los citados contratos.
- f.2) Expte. 328/93. Resolución del Pleno del Tribunal del día 01.10.93. Expediente incoado por denuncia de Producciones Habana Films S.A. contra TELEFÓNICA por presunto abuso de posición de dominio consistente en anticipar el cobro de la opción de compra de los Sistemas Multimedia Teide 3/6/2. En este caso el mercado resultaba limitado por la conducta de TELEFÓNICA en beneficio de dicha empresa y en perjuicio de sus clientes. El Tribunal falló declarando la existencia de abuso de posición de dominio y multando a TELEFÓNICA con 45 MPTA, no siendo necesario intimar a TELEFÓNICA al haber sido liberalizado el mercado de terminales. La Resolución se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional.

De todo lo dicho se desprende que, aunque el caso que se juzga es distinto de los citados, TELEFÓNICA ha infringido deliberadamente el art. 6.2.c de la LDC y 86 del TCE pues disponía de información suficiente para calibrar el alcance de su conducta sobre la competencia. Conocía la doctrina del TDC y la Directiva comunitaria acerca de la liberalización de los servicios de valor añadido. Y sólo tras la adopción de medidas cautelares por el Tribunal cesó su conducta restrictiva de la competencia.

En las anteriores consideraciones han quedado expuestos los criterios sobre los que se apoya la decisión del TDC. Por todo ello el Tribunal acuerda imponer prudencialmente a TELEFÓNICA una multa de ciento veinticuatro millones de pesetas (124 MPTA).

Debe destacarse que en la determinación de la cuantía de la sanción en ningún caso se ha considerado el lucro cesante de 3C y las posibles compensaciones a dicha empresa. Considera el TDC que dichos criterios deben ser planteados en otras instancias al no estar habilitado el Tribunal para resolver estos asuntos.

12.2) Adecuación de la sanción económica a los límites impuestos por el art. 10.1 de la LDC.

El apartado 10.1 de la LDC dice que "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas... que deliberadamente o por negligencia infrinjan los artículos 1, 6 y 7 o dejen de cumplir una condición de obligación prevista en el artículo 4.2. multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Procede ahora examinar si la sanción de 124 MPTA queda incluida en lo dispuesto en el citado artículo. Dado que los ingresos de TELEFÓNICA alcanzan, en el ejercicio 1993, la cantidad de 1.220.084 MPTA, la cuantía de la sanción encaja sobradamente en los límites establecidos por la LDC. En efecto, la sanción impuesta supone un 0,0102% de la cifra de ventas de TELEFÓNICA.

- 13.- Dado que al resolver el asunto de fondo del presente expediente este Tribunal considera que las medidas cautelares -concedidas por segunda vez por Resolución del 07.11.94 (Expte. MC 8/94)- eran procedentes no ha lugar al examen de las posibles responsabilidades por parte del solicitante de las medidas. Además, habida cuenta que como contramedida de las medidas cautelares solicitadas se exigió a 3C un aval que sería ejecutable

en el caso de que las medidas cautelares se hubieran tomado indebidamente, considera el Tribunal que con la presente Resolución quedan sin objeto las citadas medidas cautelares procediendo la devolución del aval prestado por 3C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

- Primero.-** Declarar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio prohibida por el art. 6.2.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España S.A., de la que es autora Telefónica de España S.A. Dicha práctica infringe, además, el art. 86 del Tratado CE.
- Segundo.-** Intimar a Telefónica de España S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar dicha práctica.
- Tercero.-** Imponer a Telefónica de España S.A. una multa de ciento veinticuatro millones de pesetas (124 MPTA).
- Cuarto.-** Cancelar las medidas cautelares adoptadas por Resolución de 07.11.94 (Expte. MC 8/94) devolviéndose a 3C Communications el aval prestado en cumplimiento de la misma y dejando constancia en dicho expediente de esta devolución una vez que sea firme la presente Resolución.
- Quinto.-** Ordenar la publicación, a costa de Telefónica de España S.A., de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en los dos diarios de información general de mayor tirada nacional.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso administrativo pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su notificación.