

RESOLUCIÓN (Expte. 394/97, Telefónica-Ibertex)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid a 27 de julio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 394/97 (1240/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. contra Telefónica de España, S.A. por la imposición de condiciones abusivas en un contrato de suministro de información al servicio IBERTEX.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A., que es una empresa proveedora del servicio IBERTEX, formuló denuncia contra Telefónica de España, S.A. (Telefónica) por los siguientes hechos:
 - El 15 de junio de 1993 Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. suscribió un contrato con Telefónica por el cual pasaba a ser considerado *centro servidor* del servicio de valor añadido IBERTEX explotado por la propia Telefónica. La duración de dicho contrato era de un año prorrogable por años sucesivos.
 - El 21 de octubre de 1994 Telefónica notificó a Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. su intención de no prorrogar el contrato al vencimiento de la prórroga vigente, de modo que el contrato se extinguió el día 15 de junio de 1995. Simultáneamente Telefónica ofreció a Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. la posibilidad de firmar un nuevo contrato para poder prestar los servicios de referencia. En ese contrato se establecían nuevas condiciones para la prestación del servicio, en

particular: la modificación del sistema de fijación de precios, la creación de un fondo de garantía del cobro de las tarifas telefónicas, la prórroga del contrato por meses en lugar de por años y una serie de prohibiciones y obligaciones a cargo del *centro servidor* que permitían a Telefónica controlar su actividad y, en su caso, resolver unilateralmente el contrato.

A juicio de la empresa denunciante estos hechos constituían una práctica de abuso de posición dominante, prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

2. El Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio), tras la realización de una información reservada para acreditar la veracidad de la denuncia, acordó con fecha 1 de agosto de 1996 la incoación de expediente sancionador contra Telefónica por los hechos denunciados.
3. A la vista de las actuaciones practicadas, el 10 de octubre de 1996 el instructor del expediente formuló pliego de cargos contra Telefónica en el que se establecía:

"Los contratos concluidos por Telefónica y los proveedores de información son contratos de adhesión que no dejan lugar a la negociación, ya que sus estipulaciones son impuestas por Telefónica, que es quien detenta la propiedad de las redes IBERTEX e IBERPAC, con un claro desequilibrio negociador entre las partes. La variación unilateral del contrato por parte de Telefónica podría constituir, a juicio del Servicio, un abuso por parte de quien ostenta una posición de dominio. Asimismo, las condiciones señaladas en el nuevo contrato podrían tener también el carácter de abusivas."

4. Tras considerar las alegaciones de las partes, el Servicio de Defensa de la Competencia elevó el expediente al Tribunal con la siguiente propuesta:

"Primero. Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que:

- a) *La actuación acreditada de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. constituye un acto restrictivo de la competencia, conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.*
- b) *Se intime a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. para que modifique el contrato con los Centros Servidores.*
- c) *Se ordene la publicación por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. de la Resolución en el B.O.E. y en un diario de ámbito nacional de mayor*

tirada.

- d) *Se imponga una multa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. entre 25 y 40 millones de pesetas.*

Segundo. Que se adopten los demás pronunciamientos que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de prácticas prohibidas."

5. Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 29 de enero de 1997 se admitió a trámite y se puso de manifiesto a los interesados para que solicitaran la práctica de las pruebas que consideraran oportunas y la celebración de vista.
6. Telefónica solicitó la celebración de vista y la práctica, entre otras, de las siguientes pruebas:

"Primero. Proceder a la práctica de las siguientes pruebas propuestas por Telefónica de España, S.A.:

- 1º) *Requerir a Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. para que aporte a este Tribunal:*
- a) *Una relación de los premios concedidos por el uso de sus servicios a través de IBERTEX, junto a su valoración económica.*
 - b) *La relación de ganadores de dichos premios.*
 - c) *La línea utilizada por el ganador.*
 - d) *Si los ganadores de los premios de mayor cuantía eran titulares o no de las líneas utilizadas.*
 - e) *El tiempo de conexión necesario para obtener el premio.*
 - f) *El coste para el titular de la línea de ese tiempo de conexión.*
 - g) *Una relación de los servicios de información de tipo profesional por cuya utilización ofrecía algún tipo de premio y la naturaleza del mismo.*
 - h) *El contenido del servicio de información cuyo uso dio lugar a la concesión del premio.*

- i) *Una descripción de las limitaciones al valor de los premios que reconoce haber establecido en el penúltimo párrafo del escrito que figura en la página 384 del expediente.*
- 2º) *Solicitar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la emisión de un informe sobre el grado de sustituibilidad entre IBERTEX, INFOVIA e INTERNET como medios de acceso a proveedores de información y sobre la entidad del coste que la migración de un medio de acceso a otro puede suponer.*

Segundo. *Proceder a la práctica de las siguientes pruebas acordadas de oficio por el Tribunal:*

- 1º) *Requerir a Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A. para que:*
 - a) *Remita al Tribunal una copia de sus estatutos sociales y una descripción de los medios materiales y personales con los que cuenta actualmente.*
 - b) *Informe al Tribunal sobre la existencia de alternativas al sistema IBERTEX y, en su caso, sobre los costes de adaptación a los nuevos sistemas."*

- 7. La empresa denunciante no aportó la documentación solicitada en la práctica de dichas pruebas.
- 8. Con fecha 29 de mayo de 1998 se recibió escrito de D. Jorge Deleito García por el que solicitaba que *"teniendo por presentado este escrito lo admita, tenga por hechas las manifestaciones que en el cuerpo del mismo se contienen y en su virtud tenga por desistido a Servicios Telemáticos Inteligentes de la prosecución del presente expediente, procediendo a su archivo sin más trámite"*.
- 9. Con fecha 24 de julio de 1998 el Tribunal dictó Auto de Resolución de Incidente por el que resolvió:

"Primero. *Aceptar el desistimiento de Servicios Telemáticos Inteligentes, S.A., que dejará en lo sucesivo de ser parte en este expediente y se la tendrá por decaída en todos sus derechos.*

Segundo. *Continuar el procedimiento contra Telefónica de España, S.A.*

Tercero. *Instar a Telefónica de España, S.A. para que, en el plazo máximo de 20 días, remita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información técnica necesaria para que dicho organismo pueda emitir un informe sobre el grado de sustituibilidad existente entre IBERTEX, INFOVIA e INTERNET.*

Telefónica de España, S.A. deberá comunicar al Tribunal la fecha de la remisión."

10. El Tribunal deliberó y resolvió sobre este asunto en su sesión plenaria de 15 de julio de 1999.
11. Es interesada:
 - Telefónica de España S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Servicios Telemáticos Inteligentes y Telefónica de España firmaron un contrato mediante el cual la primera pasaba a ser considerada *centro servidor* en las condiciones señaladas en el punto 1 de los Antecedentes de Hecho.
2. Telefónica notificó a Servicios Telemáticos Inteligentes, con fecha 21 de octubre de 1994, su intención de no prorrogar el contrato al terminar la prórroga que se encontraba vigente.
3. Telefónica propuso a Servicios Telemáticos Inteligentes la firma de un contrato-tipo que contenía las siguientes estipulaciones:

"8. Derechos y Obligaciones del Titular del Centro de Servicio.

.....

8.6. Si el Centro de Servicio proporciona acceso a aplicaciones de carácter lúdico, consistentes en mensajerías, diálogos en directo, juegos, concursos e información no especializada en general, el Titular se obliga a facilitar dicho acceso única y exclusivamente a través de los niveles 031 ó 032. En caso de detectarse por parte de TELEFÓNICA o mediante denuncia de los usuarios o sus asociaciones la oferta de estos servicios por otro nivel distinto de los indicados, TELEFÓNICA podrá proceder a la resolución del contrato, así como hacer suya, en concepto de cláusula penal, la retribución

conseguida por el Titular del Centro de Servicio.

8.7 El Titular del Centro de Servicio se obliga a no fomentar la utilización indiscriminada del mismo y evitará igualmente fomentar el consumo por el consumo. En este sentido dicho Titular se obliga a no anunciar, ofrecer ni entregar a los usuarios que accedan al mismo ningún tipo de premio o compensación proporcional al tiempo de conexión o a cualquier otro parámetro indicativo del consumo de servicio efectuado. Para cualesquiera otros premios que pudieran establecerse, el Titular del Centro de Servicio se obliga a facilitar la lista de premiados y teléfono de contacto de cada uno de ellos si así lo requiere TELEFÓNICA.

.....

10. Vigencia y duración del Contrato.

Este contrato entrará en vigor el día 1 del mes siguiente al de su firma, y su duración será de un año a contar desde la firma del mismo.

Transcurrido el tiempo de duración fijado en el contrato, éste se prorrogará por meses sucesivos para el caso de que ninguna de las partes lo denuncie de forma fehaciente con un mes de antelación a la fecha de su terminación o de la prórroga".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El problema planteado obliga a centrar la atención, primero, en la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante y, en el supuesto de que la respuesta fuera afirmativa, a indagar si ha existido un abuso de dicha posición.
2. La investigación respecto a la existencia o no de posición de dominio en el mercado relevante debe centrarse en la sustituibilidad entre los servicios IBERTEX, por un lado, e INTERNET e INFOVÍA, por otro. Si tales servicios no fueran sustitutivos, resultaría que se produce una segmentación entre diversos mercados de transmisión de datos y el mercado relevante a los efectos del caso sería el de prestación de servicios a través del sistema IBERTEX; si, por el contrario, los servicios resultaran ser altamente sustitutivos, podría considerarse que existe un sólo mercado de transmisión de datos. Para evaluar correctamente ese aspecto el Tribunal recabó el informe técnico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, informe que fue evacuado

por dicho organismo con fecha 23 de octubre de 1998. De tal informe se desprende, en primer lugar, que esos servicios tienen características comunes por lo que sirven, esencialmente, para atender a las mismas necesidades; no obstante, INTERNET e INFOVÍA son técnicamente más avanzados al ser mayor su velocidad y muy superiores sus prestaciones. Esa superioridad ha quedado claramente demostrada por los acontecimientos posteriores a los hechos objeto de la presente Resolución al experimentar el sistema INTERNET un crecimiento auténticamente explosivo, frente al estancamiento en el que ha quedado sumido IBERTEX.

La evaluación del grado de sustitución en la demanda de varios productos exige investigar las diferencias de coste, así como las restantes características que pudieran explicar la mayor o menor preferencia hacia uno de ellos. En el caso que se investiga, los costes relevantes son esencialmente aquéllos en los que se ven obligados a incurrir las diversas partes como consecuencia de la transición de un sistema a otro. Se encuentra acreditado en el expediente que esa transición es posible, tanto para el *centro servidor* como para el cliente final. En el caso del *centro servidor* hubiera bastado el establecimiento de la correspondiente *pasarela* entre los servicios IBERTEX e INTERNET-INFOVÍA, *pasarela* que hubiera requerido la modificación, normalmente no excesivamente costosa, de ciertos elementos del equipo informático, así como la instalación de una aplicación suministrada gratuitamente por TELEFÓNICA. Para el usuario final que tuviese establecido el acceso a través de un terminal específico, el coste fundamental de adaptación al nuevo sistema sería el de la adquisición de un ordenador personal ya que los sistemas INTERNET-INFOVÍA, a diferencia de b que ocurre con IBERTEX, no requieren, ni permiten, el uso de dichas terminales.

Los costes derivados de las modificaciones en el equipo y en las aplicaciones informáticas, necesarias para pasar del sistema IBERTEX a las alternativas INTERNET o INFOVÍA, no parecen excesivos, lo que podría llevar a concluir que estos sistemas son altamente sustitutivos. No obstante, existen importantes diferencias en el funcionamiento comercial de dichos sistemas. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su escrito de 23 de octubre de 1998, afirma que:

"La diferencia fundamental entre estos servicios estriba en el mecanismo de cobro por el acceso a la información que el Proveedor de la misma cobra al usuario, dado que en los niveles de acceso a Ibertex cuya información es numerada (032, 033 y 034) es Telefónica quien recauda el dinero correspondiente tanto al coste de las comunicaciones como el del acceso a la información, mientras que en el caso del acceso a la información a través de Infovía, Telefónica recauda únicamente el dinero correspondiente a la tarifa por la

marcación del 055 (Infovía).

Por lo tanto y dado que Telefónica en este último caso sólo cobra el precio de una llamada local, no podrían establecerse mecanismo de cobro directamente como ocurre en el caso de los accesos al servicio Ibertex (032, 033 y 034) y los proveedores de información remunerada deberían obtener la remuneración asociada a la misma estableciendo una relación directa con los usuarios identificándoles, contabilizando la información que consumen y gestionando el cobro de la misma.

El consumidor final puede no ser indiferente a la elección entre un sistema de facturación en el que los servicios de consulta queden englobados en un recibo telefónico de carácter periódico u otro que exija la identificación individual y el pago específico de los servicios prestados. Esa falta de indiferencia puede reflejar consideraciones espurias, y en el expediente se acredita un caso en el que el uso fraudulento del sistema por parte del empleado de una compañía abonada a IBERTEX ha dado lugar a una condena penal por delito de defraudación del fluido eléctrico, pero puede reflejar también preferencias perfectamente legítimas. La falta de indiferencia supone que una empresa que hubiese realizado importantes inversiones en desarrollar la prestación de servicios a través de IBERTEX podría ver frustrados sus esfuerzos si resultara obligada a emigrar hacia otros sistemas con características diferentes desde el punto de vista comercial. Por ello, el Tribunal estima, que aunque los costes puramente técnicos de la migración desde el sistema IBERTEX a las otras alternativas propuestas sean escasos, la existencia de características comerciales propias tiende a diferenciar al mercado de servicios a través del sistema IBERTEX, que debe, por tanto, considerarse como mercado relevante a los efectos del caso.

3. Así definido el mercado relevante, la posición de dominio de TELEFÓNICA en el servicio de IBERTEX, que requiere el soporte físico de las instalaciones de TELEFÓNICA, ha de realizarse en conformidad con los contratos-tipo previstos por la compañía y ha de cobrarse a través de sus recibos, resulta indudable.
4. Establecida la posición de dominio de TELEFÓNICA es necesario analizar si la actividad de la compañía, consistente en la denuncia unilateral de un contrato de adhesión, seis meses antes de su fecha de vencimiento, y su sustitución por otro con estipulaciones diferentes, constituye práctica abusiva.

A lo largo de la tramitación del expediente TELEFÓNICA ha argüido que el cambio de contrato obedecía a la preocupación de la compañía ante el posible uso fraudulento del sistema y ha tratado de probar que la empresa demandante incurría, ella misma, en ciertas prácticas que resultan, al menos, reprobables. Tales intentos de prueba se han visto frustrados por la falta de

comparecencia del demandante en ciertos trámites de prueba y por su posterior desistimiento; a pesar de ello, existen indicios en el expediente para poder afirmar que las imputaciones formuladas por TELEFÓNICA, consistentes esencialmente en que STI fomentaba el consumo por el consumo y ofrecía páginas de información carentes de contenido, son correctas. Desde este punto de vista, y máxime si se tiene en cuenta que el problema no se limitaba a esa empresa sino que, como se ha señalado antes, existían también posibilidades de fraude por parte de los usuarios finales, la pretensión de TELEFÓNICA de alterar los contratos resulta legítima.

No obstante, el Tribunal entiende que las empresas que prestaban servicios a través del sistema IBERTEX se encontraban en una situación de fuerte dependencia respecto de TELEFÓNICA, en el sentido de que sus operaciones, y en consecuencia su cuenta de resultados y la propia supervivencia, podrían verse afectadas por las modificaciones del contrato que les ligaba con esa última compañía. En situaciones similares, la empresa que ostenta la situación de dominio debe comportarse con especial atención con el fin de no provocar costes arbitrarios a quienes de ella dependen. En el caso del servicio IBERTEX existía una clara justificación al deseo de TELEFÓNICA de modificar unos contratos que permitían situaciones de fraude; sin embargo, TELEFÓNICA hubiera debido, tal y como señala el Servicio, llamar la atención de las autoridades de tutela sobre el problema y requerir la aprobación de éstas para el nuevo contrato de adhesión, siguiendo el cauce previsto en la estipulación undécima del Contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores, suscrita entre Telefónica de España S.A. y el Estado con fecha 26 de diciembre de 1991. El camino escogido por TELEFÓNICA, consistente en redactar unilateralmente un contrato de adhesión, una de cuyas principales características radicaba en las condiciones sumamente onerosas impuestas a la otra parte, supone, a juicio de este Tribunal, un claro desprecio hacia los intereses de los demás operadores en el mercado y, por tanto, una práctica abusiva conforme al art. 6.2.a) de la LDC.

5. Los nuevos contratos propuestos por TELEFÓNICA contienen, en efecto, cláusulas que difícilmente hubieran sido aceptadas por interlocutores que no se encontraran en circunstancias de clara inferioridad. En particular, una vez concluido el primer año, la duración del contrato se prorrogará por meses sucesivos. Estas prórrogas, extremadamente breves, tras las que se permite la extinción unilateral del contrato por parte de TELEFÓNICA, contradicen la estipulación del artículo 18 del Real Decreto 804/1993, por el que se aprueba el Reglamento técnico de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos, que, entre las condiciones que debe cumplir el concesionario, en este caso TELEFÓNICA, señala:

"Ñ) *Recoger en las cláusulas de los contratos que celebre con sus clientes:*

1º)

2º) *Plazo de preaviso razonable previo a la modificación o supresión de una oferta, antes de ponerla en vigor."*

Parece claro que, incluso en una actividad tan rápidamente cambiante como es la informática, el plazo de preaviso de un mes, trascurrido el cual la empresa que actúa como *centro servidor* puede verse obligada a dismantelar su negocio, no merece la calificación de razonable.

En el mismo sentido, la cláusula 8.6 del nuevo contrato, tras obligar al Centro de Servicio a que el acceso a las aplicaciones de carácter lúdico se realice a través de ciertos prefijos, permite que TELEFÓNICA se apropie *de la retribución conseguida por el Titular del Centro de Servicio* como forma de sanción en caso de incumplimiento. Una cláusula penal de ese tipo, cuya utilización puede afectar al equilibrio financiero de las empresas, normalmente de dimensión reducida, que prestan servicios en este mercado y que puede ser aplicada sin las menores garantías para el afectado, difícilmente sería consentida por partes que no se encontrasen en clara situación de inferioridad; su imposición por TELEFÓNICA debe, pues, considerarse abusiva.

6. El Tribunal, en su Auto de Resolución de Incidente de 24 de julio de 1998, por el que se admite el desistimiento del demandante, acordó continuar el procedimiento contra TELEFÓNICA :

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regula de forma supletoria el procedimiento por el que se rige el Tribunal, en sus artículos 90 y 91 tipifica el desistimiento del interesado como forma de concluir un procedimiento. No obstante, la citada Ley, en su art. 91.3 estipula que:

"3. *Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento."*

Por motivos históricos, y como consecuencia de la singularidad de sus instalaciones, la compañía TELEFÓNICA disfruta de una situación privilegiada frente a una gama muy amplia de clientes, en un sector, como es el de

servicios de telefonía, cuya importancia para la economía del país no es necesario resaltar. En consecuencia, la correcta actuación de TELEFÓNICA frente a sus clientes constituye una materia de interés general a la que las autoridades de defensa de la competencia deben prestar atención adecuada, consideración ésta que es especialmente relevante en relación con los servicios en proceso de liberalización, como es el caso de los que son objeto de esta Resolución, ya que una incorrecta actuación por parte de la empresa que históricamente ha disfrutado de una posición de monopolio podría invalidar los objetivos que se persiguen mediante esa política liberalizadora.

Por estos motivos, el Tribunal reitera el interés público del procedimiento, máxime cuando TELEFÓNICA ha sido objeto de varios expedientes sancionadores en los últimos años.

7. La evolución registrada en el período posterior a los hechos se ha caracterizado por el importantísimo predominio adquirido por el servicio INTERNET, evolución que refleja esencialmente las ventajas técnicas de tal sistema. Sin embargo, esa evolución, que en cierto modo podía intuirse cuando tuvieron lugar los acontecimientos analizados en el expediente, no altera el hecho de que TELEFÓNICA, con su modificación abusiva de las cláusulas del contrato que le ligaba a los *centros de servicios* del sistema IBERTEX, impusiera a estos últimos una modificación que pudo alterar significativamente el resultado de su negocio.
8. Como resultado de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que TELEFÓNICA ha incurrido en un supuesto de abuso de posición de dominio tipificado por el art. 6.2 de la LDC y que proceden las sanciones previstas en la Sección 2 del Capítulo I, del Título I de dicha Ley. En la fijación de la sanción el Tribunal ha tenido en cuenta que la retribución total de TELEFÓNICA a los *centros de servicio* IBERTEX ascendía, con el ejercicio de 1995, a unos 590 millones de pesetas. Como elementos moduladores de dicha sanción el Tribunal ha tenido en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2.e) de la Ley, la duración relativamente breve de los hechos, al haberse producido la obsolescencia tecnológica, aunque no la total desaparición, del servicio IBERTEX; de acuerdo con lo establecido en los art. 10.2.d) y 10.2.f) de la LDC, el Tribunal ha tenido también en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado 5 de estos Fundamentos de Derecho. Por ello procede imponer a TELEFÓNICA una multa de veinte millones de pesetas.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar que Telefónica de España S.A. ha incurrido en una conducta tipificada en el art. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en la imposición de condiciones comerciales y de servicio no equitativas, y, en consecuencia, imponerle una multa de veinte millones de pesetas.
2. Intimar a Telefónica para que se abstenga en lo sucesivo de realizar tales conductas.
3. Ordenar a Telefónica de España S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de un mes, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general de difusión nacional. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.