

## **RESOLUCIÓN (Expte. 382/96 Telefonica De España)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 18 de julio de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expte. 382/96 (1155/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncia de ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA S.A. contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. por abuso de posición de dominio.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 17 de octubre de 1994 tuvo entrada en el Servicio de Defensa (en adelante SDC) de la Competencia escrito de denuncia formulado por D. Carlos Campoy Gutiérrez, quien actúa en nombre y representación de la mercantil ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA S.A. (en adelante ESPRIT) contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (en adelante TELEFONICA) por actuaciones presuntamente incursas en las prohibiciones del artº 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Estas se concretan en las siguientes:

- 1ª) Retraso injustificado en la instalación de una línea para un circuito de 512 Kbps entre sus oficinas de Madrid y Londres.
- 2ª) Obligar a ESPRIT a la firma de un contrato cuyas cláusulas considera abusivas y que no ha sido aprobado por la Administración, para alquiler de circuitos internacionales.

3ª) Aplicación de descuentos discriminatorios para ESPRIT en las llamadas internacionales.

2. Se practica información reservada y se solicita a TELEFONICA diversos datos sobre las cuestiones objeto de denuncia y mediante escrito que tiene entrada el 30-11-94 TELEFONICA responde a las cuestiones planteadas por el SDC en los siguientes términos:

2.1 Que en sus relaciones con ESPRIT, ésta solicitó un circuito internacional Madrid-Washington en 26-9-92 que fue puesto en marcha en la fecha señalada por la misma. De igual forma, otro circuito internacional Madrid-Londres pedido el 22-1-93. Estos circuitos fueron dados de baja sucesivamente por ESPRIT después de escasa permanencia temporal.

2.2. Con fecha 30-7-93 solicita un nuevo circuito de 512 kbps para Madrid-Londres y tras varios aplazamientos por parte de ESPRIT se señaló como puesta en marcha del servicio el 15-2-94.

Al haber realizado ESPRIT de forma ostensible intensa campaña publicitaria en la que manifestaba que los servicios de su actividad eran de reventa de capacidad y prestación de servicios de telefonía de voz y ante la duda de su legalidad por parte de TELEFONICA, se dirige con fecha 2-3-94 al Director General de Telecomunicaciones poniendo en conocimiento los hechos y solicitando instrucciones.

2.3. La contestación de la Administración se produce mediante oficio de 30-5-94 (folios 140-141 Expte. SDC) en el que manifiesta que ESPRIT no disponía de título administrativo habilitante y que con fechas 9 y 15 de febrero de 1994 presentó la solicitud de autorización.

Asimismo, se hace constar que en base a lo dispuesto en el contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios entre la Administración del Estado y la compañía, TELEFONICA tiene facultades delegadas para solicitar la presentación del correspondiente título administrativo habilitante.

2.4. Se hace constar que con la misma fecha la Administración responde a dos escritos de ESPRIT en el que se señala que no se puede considerar adquiridas por silencio administrativo las facultades de gestión indirecta de servicios de valor añadido que utilicen como soporte servicios prestadores de los definidos en el punto 1.b) del art. 14 LOT, ya que exige concesión administrativa. Por ello, ESPRIT

no ha dispuesto de autorización para prestar servicios de valor añadido que utilizan como soportes circuitos alquilados.

La solicitud de la autorización para transmisión de datos, fax en tiempo real y redes privadas internacionales para la integración de datos, fax y voz se han solicitado en fecha 9 y 16 de febrero de 1994.

Se hace constar que en tales circunstancias TELEFONICA no está obligada a proporcionar los servicios portadores en base a las facultades delegadas derivadas del contrato regulador de la concesión para la prestación de servicios finales y portadores.

- 2.5. La obtención del título habilitante para la prestación del servicio de valor añadido de telefax con almacenamiento y reenvío fue obtenida mediante Resolución de 18-5-94, comunicada el 7-6-1994.

Con la misma fecha también se autorizó la provisión del servicio de valor añadido del correo electrónico.

- 2.6. Mediante escrito 8-6-94 ESPRIT se dirige al TELEFONICA comunicando que se le ha autorizado a ofrecer los citados servicios de valor añadido y reconociendo explícitamente que los correspondientes títulos habilitantes los obtiene a partir del 7-6-94.

Con fecha 28-6-94 TELEFONICA se dirige a ESPRIT manifestando que va a proceder a la provisión solicitada, que pone en servicio el 26-9-94, y ello a pesar de que hubo ciertos cambios en el tramo de Londres solicitados por ESPRIT.

- 2.7. Respecto del contrato de alquiler de circuitos internacionales de uso privado se emplea un contrato tipo presentado el 14-6-94 para su aprobación a la Delegación del Gobierno, estando pendiente de su aprobación definitiva.
- 2.8. Se hace constar que por Resolución de la Dirección General de Telecomunicaciones de 11-7-94 por la que se completa la de 29-10-93 sobre ofertas de bienes alquilados por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (folios 152 a 155 Expte. SDC): para garantizar la normativa vigente y evitar uso fraudulento en tanto se aprueba el contrato tipo, TELEFONICA deberá solicitar al arrendatario información acerca del uso de los servicios a prestar TELEFONICA deberá comprobar con carácter previo a la provisión del servicio la existencia de título habilitante.

3. Por Providencia de 17-1-95 se admitió a trámite la denuncia y se ordenó incoar el oportuno expediente nombrándose instructor y secretario para el mismo.
4. Por Providencia de 28 de febrero de 1995 se dispuso la publicación de nota extracto en el BOE, lo que se llevó a cabo en el de fecha 15 de marzo de 1995, sin que se produjera ninguna adhesión ni aportación de datos por tercero.
5. Mediante escrito de fecha 3 de marzo de 1995 ESPRIT ratifica los argumentos de su denuncia en cuanto al retraso unilateral injustificado de facilitarle una línea de 512 Kbps y hace constar que, tras el acto de conciliación celebrado en Bruselas, se somete la puesta a disposición de la línea a la firma de un contrato abusivo.

Al propio tiempo se hace constar que los descuentos que TELEFONICA puede aplicar a sus clientes deben notificarse previamente a la Delegación del Gobierno, siendo que TELEFONICA aplica descuentos distintos a las llamadas internacionales según que los clientes estén suscritos al sistema Ibercom y los que no lo tienen.

Termina solicitando la adopción de una medida cautelar por la que se intime a TELEFONICA a la publicación oficial de los descuentos que ofrece, los cuales deberán basarse en criterios objetivos y ofertarse a todos los usuarios que cumplan dichos criterios.

6. Por escrito que tiene entrada en el SDC el 6 de marzo de 1995, TELEFONICA formula alegaciones en los siguientes términos:
  - 6.1. El aplazamiento en la instalación del circuito Madrid-Londres con capacidad para 512 Kbps. se aplazó por ESPRIT hasta el 15-2-1994.
  - 6.2. La gran capacidad del circuito objeto debate hace que en absoluto pueda hablarse de una simple ampliación, coincidiendo con ello en la estrategia de propaganda por ESPRIT de los verdaderos servicios que va a prestar en el campo de la reventa del servicio telefónico, bien diferentes de los que figuran en su solicitud administrativa. Por ello, TELEFONICA lo puso en conocimiento de la Administración de Telecomunicaciones para que se pronunciara acerca de lo que TELEFONICA debía hacer.

La Dirección General de Telecomunicaciones, en uso de las facultades aplicativas e interpretadoras del derecho de las

telecomunicaciones, decide que TELEFONICA debía ejercer una actividad de control previo dirigida a comprobar la existencia de título habilitante, viniendo por ello obligada TELEFONICA a su exigencia a ESPRIT, quien no tenía dicha autorización administrativa o título habilitante.

- 6.3. Paralelamente ESPRIT acudió a la Autoridad Nacional de reglamentación para obtener respuesta a la situación planteada y en particular a las facultades que corresponden a TELEFONICA, respondiéndole la Dirección General de Telecomunicaciones que TELEFONICA deberá comprobar con carácter previo a la provisión del servicio la existencia de título habilitante.
- 6.4. Una vez que ESPRIT contó con dichos títulos el 7-6-94, TELEFONICA procedió de inmediato a poner a su disposición el circuito solicitado.
- 6.5. Por lo que respecta al contrato, desde que la Administración impuso tal obligación a TELEFONICA y no antes, esta compañía exigió la formalización de un contrato de acuerdo con el modelo facilitado a la Administración que, aunque no ha sido aprobado, no se debe ello a negligencia de TELEFONICA y en cualquier caso la Administración no ha objetado nada al modelo de contrato.

Por todo ello entiende TELEFONICA que en ningún caso puede ser acusada en un expediente sancionador por acatar resoluciones administrativas firmes, y solicita el archivo de las actuaciones.

7. Con fecha 4 de mayo de 1995 el Director General de Defensa de la Competencia se dirigió al Delegado del Gobierno en TELEFONICA solicitando la aclaración de diversos extremos, que le fue contestado con fecha 14 de junio de 1995.
8. Con fecha 16 de agosto de 1995 se solicitó a TELEFONICA aclaraciones a diversas cuestiones que cumplimentó mediante escrito de 21 de septiembre del mismo año.
9. Por escrito de fecha 24 de octubre de 1995 ESPRIT formula diversas alegaciones en la misma línea argumental mantenida anteriormente.
  - 9.1. Entiende que ha habido retraso en la concesión de las líneas ya que TELEFONICA lo hace injustificadamente en base a "sospechas de servicios ilegales" y una pretendida obligación de obtener instrucciones de la Dirección General de Telecomunicaciones. Mas

este Organismo contesta al SDC que el apartado 4 del art. 14 de la Ley 31/1987 establece que las entidades explotadoras de los servicios portadores están obligadas a proveer éstos en un tiempo razonable y sin discriminación de las condiciones, tarifas y plazos de entrega.

En esta línea argumental ESPRIT manifiesta que, dado que la autorización que se otorga por aquel Centro Directivo es para prestar el servicio de valor añadido con independencia de la cantidad del servicio portador, no es necesaria la ampliación de dicha autorización para que pueda acceder a una mayor capacidad de red.

Ante las dudas de TELEFONICA de si ESPRIT pretendía prestar servicios para los que carecía de título suficiente, es de señalar que cuando presenta en 1991 solicitud para prestar servicios de valor añadido ya han sido aprobadas las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE y esta última establecía como plazo máximo para comunicar a la Comisión las medidas adoptadas para cumplir lo dispuesto en los arts. 2 (liberalización de servicios) y 4 (alquiler de circuitos el 31-12-1990). Por tanto, cuando ESPRIT, ante la solicitud de TELEFONICA, presenta como título habilitante la autorización obtenida por silencio administrativo en 1991, esto debía haber bastado a TELEFONICA para proveer el circuito, ya que ésta tiene meras facultades de verificación pero no puede entrar a valorar la suficiencia o insuficiencia del título habilitante.

Considera la alegante especialmente grave la conducta de TELEFONICA por ser reiterativa, pues ya había sido objeto de Resoluciones sancionadoras por parte del TDC.

- 9.2. A lo anterior hay que añadir el que TELEFONICA el 29 de junio de 1994 comunica a ESPRIT que la provisión del circuito de 512 Kbps pasa por la obligación de firmar un contrato de adhesión, que se considera por ESPRIT totalmente abusivo.

Esta coacción carece de toda base legal puesto que el contrato tipo no se había impuesto a ninguna empresa.

La única legislación existente para regular el uso de las líneas empleadas es la Directiva 92/44/CEE, que taxativamente impone en su art. 6 que cualquier restricción sobre el acceso y utilización de las líneas arrendadas se impondrá por las Autoridades Nacionales por vía reglamentaria.

El contrato denunciado vulnera la Ley de Defensa de la Competencia al establecer una actitud discriminatoria frente a ESPRIT cuando a otras empresas no les fue exigido. También se abusa de posición de dominio al obligar a firmar el contrato como condición previa a la provisión del circuito, deduciéndose además del contenido de aquél que el funcionamiento de las líneas queda a criterio de TELEFONICA, obligando a aceptar a la empresa prestaciones suplementarias tales como el corte o interrupción en el servicio, controlando así TELEFONICA no sólo la provisión de los circuitos sino, por vía del contrato, el contenido y calidad de los servicios.

- 9.3. Finalmente, se denuncia el que las tarifas que oferta TELEFONICA no han sido notificadas completamente tal y como la Ley exige. TELEFONICA unilateralmente impone descuentos superiores en las llamadas internacionales para sus clientes de Ibercom y no para el resto de los clientes.
10. Mediante escrito de 6 de noviembre de 1995 TELEFONICA facilita asimismo diversa documentación que le había sido solicitada.
11. Con fecha 12 de diciembre de 1995 se formula el Pliego de Concreción de Hechos en el que se declaran acreditados los siguientes hechos:

*" 1º) ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA S.A. (en adelante ESPRIT), es una empresa dedicada a la comercialización de servicios de telecomunicación de valor añadido, según se establece en el art. 2º de sus Estatutos Sociales.*

*Con fecha 9 de octubre de 1991 solicitó de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente que le fuera concedida autorización administrativa para operar en España los servicios de valor añadido de telecomunicaciones a que se dedica, todo ello de conformidad con lo establecido en los arts. 20 y 21 de la Ley 31/87, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.*

*Las líneas y servicios para los que se solicitaba autorización eran los siguientes:*

- 1º) Línea 64 K (España-Washington D.C.).
- 2º) 30 líneas locales (a través de circuito digital 2 Mb).
- 3º) 30 líneas locales (a través de cable normal de cobre).
- 4º) 7 líneas locales para uso en las oficinas de Madrid.
- 5º) Un servicio 900 conectado al grupo de líneas facilitadas de circuito digital de 2 Mb.

Los servicios que se pretendían prestar eran:

- Servicio de almacenamiento y desvío/remisión de FAX/STORE-FORWARD.
- Distribución de FAX.
- Correo FAX (FAX MAIL BOX)
- Recuperación de fax (FAX RETREIVAL)
- Servicios de Correo de Voz (VOICE MAIL)
- Servicio de conservación/transmisión de datos.

2º) Los servicios de valor añadido, definidos en el art. 20 de la Ley 31/87, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, modificada por Ley 32/92, de 3 de diciembre, son servicios de telecomunicación que, no siendo servicios de difusión y utilizando como soporte servicios portadores o servicios finales de telecomunicación, añaden otras facilidades al servicio soporte o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación como, entre otras, acceder a información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, depósito o recuperación de información.

Estos servicios se prestan en libre concurrencia (art. 20), y el otorgamiento de Autorización, bien expresamente o por silencio administrativo transcurrido un mes desde la solicitud, se encuentra definido en el art. 21 de la citada Ley.

3º) TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (en adelante TELEFONICA) goza de posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones dentro del territorio nacional, en virtud de la cláusula tercera del Contrato Regulador que mantiene con el Estado de concesión para la prestación de los servicios portadores y finales de telecomunicación, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 1991, entre los que se encuentran el alquiler de circuitos, solicitados por ESPRIT.

4º) Con fecha 26 de septiembre de 1992, ESPRIT solicitó de TELEFONICA un circuito internacional de 64 Kbps. Madrid-Washington, que TELEFONICA puso en funcionamiento el día 19 de marzo de 1993, sin exigirle entonces la firma de contrato alguno.

5º) Con fecha 30 de julio de 1993 ESPRIT solicitó de TELEFONICA la ampliación de su circuito de 64 a 512 kbps entre sus oficinas de Londres y Madrid.

La fecha de instalación inicialmente prevista era el 15 de febrero de 1994.

6º) Con fecha 18 de marzo de 1994 TELEFONICA informa a ESPRIT que "estima que los servicios que pretende prestar ESPRIT TELECOM no se ajustan al marco legal español y, en consecuencia, se ha dirigido a la Dirección General de Telecomunicaciones solicitando instrucciones específicas sobre la provisión de los mismos". Informa asimismo que "no existe contrato de ofrecimiento de línea de 512 Kbps., por cuanto corresponde al cliente formular la correspondiente solicitud para instalación de la misma....".

7º) El circuito de 512 Kbps ha entrado en funcionamiento el 29.9.94, una vez que ESPRIT ha recibido Autorización expresa de la Dirección General de Telecomunicaciones con fecha 6 de junio de 1994, y previa firma de un contrato de alquiler de circuitos internacionales el día 5 de julio de 1994. El citado contrato no se encontraba en esa fecha aprobado por la autoridad competente.

En Resoluciones de la Dirección General de Telecomunicaciones de 29 de octubre de 1993 y 11 de julio de 1994, se establece una solución transitoria a la forma en que deben relacionarse TELEFONICA y las entidades demandantes de alquiler de circuitos, hasta que se apruebe el contrato tipo de alquiler de los citados circuitos, indicándose que TELEFONICA debía comprobar con carácter previo a la provisión del servicio, que el arrendatario disponía de título habilitante para la prestación de servicios a terceros, cuando éste fuera el fin de dichos circuitos alquilados, no indicándose la fecha exacta en la que debía realizar dicha comprobación.

8º) La Dirección General de Telecomunicaciones, en escrito dirigido a este Centro Directivo de 5 de julio de 1995, afirma que "dado que la autorización que se otorga por este Centro Directivo es para prestar el servicio de valor añadido con independencia de la cantidad de servicio portador necesaria para su implantación, no es necesaria la ampliación de dicha autorización para que la entidad autorizada pueda acceder a una mayor capacidad de red".

Los anteriores hechos son valorados por el TDC de la siguiente forma:

*"Los hechos anteriores constituyen, a juicio del Instructor, conductas prohibidas por el art. 6.2.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia. Asimismo se estima que los citados hechos podrían constituir infracción a lo dispuesto en el art. 86 del Tratado CE.*

*El art. 6 de la Ley 16/1989 establece:*

*"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

*2. El abuso podrá consistir, en particular, en:*

*.....*

*c).- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

*.....*

*3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal".*

*El art. 86 del Tratado CE dispone:*

*"Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo....".*

*En el caso que nos ocupa y a juicio del instructor, la restricción de la competencia vendría derivada, en primer lugar, del abuso de posición de dominio por parte de TELEFONICA al denegar injustificadamente, la ampliación del circuito de 64 a 512 Kbps solicitado por ESPRIT careciendo de una orden expresa dictada por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, único Organismo capacitado para tomar la decisión de denegar la ampliación de líneas o desconectar las ya concedidas, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Undécima del Contrato regulador citado en el apartado 3º de los Hechos acreditados.*

*En segundo lugar, por obligar a ESPRIT a la firma de un contrato para la ampliación de su circuito internacional a 512 Kbps contrato que no ha sido aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y cuyas cláusulas podrían resultar abusivas.*

*La restricción de la competencia afectaría a todo el mercado nacional y por tanto a una parte sustancial del Mercado Común impidiendo que ESPRIT pueda acceder al mercado de servicios de valor añadido de telecomunicaciones a través de la ampliación de su circuito de 64 a 512 Kbps y ello independientemente de que TELEFONICA estime que los servicios que ESPRIT pretende prestar no se ajustan a la legalidad, ya que las facultades delegadas de verificación que le otorga la Cláusula Undécima del Contrato con el Estado, únicamente le permite "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".*

*Por otro lado y a través de la firma de un contrato que no ha sido aprobado por la autoridad competente, TELEFONICA estaría obligando a ESPRIT a comprometerse a aceptar unas cláusulas que podrían no merecer la aprobación del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente.*

*De esta conducta se considera responsable a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.*

*En el caso de que, una vez concluida la fase de tramitación del presente expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que los hechos descritos constituyen efectivamente prácticas prohibidas, esta entidad podrá ser objeto de sanción pecuniaria o cualesquiera otras medidas previstas en el art. 46 de la citada Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia".*

*De conformidad con lo establecido en el art. 37.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18) de Defensa de la Competencia declare que los hechos descritos constituyen efectivamente prácticas prohibidas, esta entidad podrá ser objeto de sanción pecuniaria o cualesquiera otras medidas previstas en el art. 46 de la citada Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia".*

*De conformidad con lo establecido en el art. 37.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18) de Defensa de la Competencia podrá contestar por escrito al presente Pliego de Concreción de Hechos en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de esta notificación, alegando*

*cuanto estime pertinente sobre su contenido, así como proponiendo, en su caso, la práctica de pruebas que considere oportunas para la mejor defensa de sus intereses y actuación.*

*En el caso de que, una vez concluida la fase de tramitación del presente expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que los hechos descritos constituyen efectivamente conductas prohibidas, éstas podrán ser objeto de las sanciones previstas en los arts. 9, 10 y 11 de la citada Ley 16/1989.*

*La contestación a la presente notificación deberá ser enviada a la Dirección General de Defensa de la Competencia, Pº de la Castellana, 162, planta 22.- 28071 MADRID".*

12. Con fecha 21 de junio de 1996 tiene entrada en este Tribunal el Expediente instruido por el SDC.
13. Mediante Auto de fecha 8 de julio de 1996 el Pleno del TDC admitió a trámite el Expediente nombrando Ponente a D. Juan Manuel Fernández López, haciendo saber a las partes que en el Expediente se aplicará también lo previsto en el art. 86 del Tratado de la Unión Europea, ordenándose la puesta de manifiesto del Expediente a los interesados por el plazo de 15 días para que formulen alegaciones, soliciten la celebración de vista y propongan las pruebas que estimen necesarias.
14. Mediante escrito de 30 de julio de 1996 por la representación de ESPRIT se formularon alegaciones sustentando su acusación contra TELEFONICA por el retraso injustificado en la puesta en funcionamiento del circuito de 512 Kbps y en exigir la firma del contrato unilateralmente redactado, actuando en ambos casos en abuso de posición de dominio fundamentado en alegaciones similares a las mantenidas en el Expediente tramitado ante el SDC.

En dicho escrito propone pruebas documentales solicitando que les sean admitidas y se ordene su práctica.

15. Mediante escrito de 30 de julio de 1996 TELEFONICA formula alegaciones comenzando por señalar que el procedimiento sancionatorio hubiera exigido que el SDC hubiera otorgado a la denunciada los mismos trámites alegatorios que a la denunciante, lo que, a su juicio, no ha hecho.

Se mantiene que la denunciante no tenía título habilitante para la prestación del servicio de valor añadido que pretendía y su exigencia es algo no prohibido sino expresamente admitido por la Directiva 90/388/CEE.

Resuelto este conflicto, TELEFONICA proveyó el circuito en los plazos establecidos y si no lo hizo antes se debió a los cambios de ubicación tenidos por la denunciante y a la realización de las pruebas necesarias por la operadora distal.

Como ya se ha alegado antes por TELEFONICA, al tratarse de una relación contractual nueva dada la mayor capacidad y la petición de baja del anterior circuito, hubo necesidad de la firma de un contrato que había sido sometido a la aprobación de la Administración por TELEFONICA sin que aquélla encontrase abusiva ninguna de sus cláusulas.

Propone asimismo diversas pruebas documentales y pericial.

16. Mediante Auto de fecha 20 de septiembre de 1996 el Tribunal acordó seguir el Expediente por el trámite de conclusiones y admitir las pruebas documentales propuestas por ambas partes, y dar traslado a ESPRIT de la pericial pedida por TELEFONICA a fin de que pudiera manifestar lo que a su derecho conviniera y adicionar los extremos que considere pertinentes.
17. Mediante escrito de 30 de septiembre de 1996 la representación de ESPRIT se opuso a la práctica de la prueba pericial por estimar que la misma no versaba sobre hechos relevantes a los fines del Expediente ni de otros que tengan carácter dudoso o controvertido, ya que aunque hubiera de utilizar diferentes medios técnicos para prestar un circuito de mayor capacidad, dicha diferencia carecería de relevancia. Asimismo, se opone a que la pericia se realice por la Escuela Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones por cuanto que TELEFONICA mantiene con la misma relaciones profesionales mediante la asignación de determinados proyectos, siendo además dicha Escuela Superior un órgano docente que desconoce las políticas internas de la compañía denunciada y la operativa práctica del alquiler de los circuitos.
18. Mediante Auto de fecha 10 de octubre de 1996 el Tribunal acordó admitir la prueba pericial solicitada por TELEFONICA.
19. Con fecha 18 de diciembre de 1996 se recibe en el Tribunal escrito del Director de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones acompañando el informe pericial y por Providencia de 26 de los mismos se acordó señalar el día 7 de enero de 1997 para el acto de la ratificación del perito, con citación de las partes y quedando entretanto el informe pericial de manifiesto en la Secretaria del Tribunal para su conocimiento, llevándose a cabo en dicha fecha la ratificación con la asistencia de los Letrados de ambas partes.

20. Por Providencia de 16 de enero de 1997 se ordenó poner de manifiesto las pruebas admitidas y practicadas para que en plazo de 10 días pudieran alegar cuando estimase conveniente acerca de su alcance e importancia, conforme establece el art. 40.3 LDC, presentándose escrito de alegaciones por parte de ESPRIT con fecha 3 de febrero de 1997, sin que se recibieran alegaciones por parte de TELEFONICA.
21. Por Providencia de 13 de febrero de 1997 se concedió a los interesados plazo de 15 días para formular conclusiones conforme a lo dispuesto en el art. 41.1 LDC.
22. Por escrito que tiene entrada en este Tribunal el 4 de marzo de 1997, ESPRIT formuló conclusiones en los siguientes términos:
  - 22.1. Denegación injustificada de un circuito de 512 Kbps. Siguiendo su línea argumental ESPRIT manifiesta que TELEFONICA, sobre la sospecha de la ilegalidad de los servicios a prestar por aquella o el cumplimiento de órdenes de la Administración, no puede retrasar la provisión del circuito de los 512 Kbps. Así las facultades delegadas que ostentaba TELEFONICA el 15 de febrero de 1994, fecha definitiva que se acuerda por las partes para la provisión de la citada línea, eran de pura y simple verificación correspondiéndole al Ministerio de Obras Públicas y Transportes el ejercicio de las medidas para hacerse cesar en su caso la utilización de los servicios de forma indebida.
  - 22.2. Además existía en la Directiva 92/44/CEE un mandato claro a los Estados miembros de garantizar los procedimientos con arreglo a los cuales decidir caso a caso, y en el plazo más breve posible se autoriza a los organismos de telecomunicaciones para adoptar medidas tales como negarse a suministrar una línea arrendada. También en la propia Directiva se señala que cuando se restrinja el acceso a líneas arrendadas y su utilización basándose en requisitos esenciales, los Estados miembros garantizarán que las disposiciones nacionales pertinentes indiquen en qué requisito esencial se fundan dichas restricciones.
  - 22.3. La Comisión CEE en la carta remitida al Gobierno español de fecha 4 de mayo de 1994 relativa a la falta de incorporación al ordenamiento jurídico del art. 2 de la Directiva 90/388/CEE hace constar que ello da lugar en la práctica a que los operadores económicos que deseen prestar en España servicios liberalizados en España no puedan hacerlo y a que el monopolio de TELEFONICA en

relación con dichos servicios se mantenga, no estando justificado que las Autoridades españolas mantengan bajo monopolio servicios que deberían estar abiertos a la competencia.

- 22.4. Por lo que respecta al contrato de alquiler de circuitos utilizado unilateralmente por TELEFONICA, careciendo de base para su exigencia y la de su clausulado, la hace incurrir nuevamente en abuso de posición de dominio.

El contrato no está aprobado por la Administración y el nuevo retraso exigiendo su acatamiento como requisito previo está injustificado.

Se regulan en dicho contrato aspectos comerciales y técnicos exclusivamente para proveer un circuito de 512 Kbps y sin embargo no se considera fundamental la imposición del mismo a otras empresas o a la propia ESPRIT respecto de circuitos de 64 Kbps, cuando los servicios prestados a través de ambos circuitos eran idénticos.

- 22.5. Entiende definitivamente la alegante que, aún en el supuesto de que la actuación de TELEFONICA estuviera amparada por alguna disposición legal, ello no impediría considerar que ha abusado manifiestamente de su posición de dominio en el mercado, por lo que termina en súplica al Tribunal de que declare la existencia de prácticas prohibidas de abuso de posición de dominio en la conducta de TELEFONICA frente a ESPRIT al retrasar injustificadamente la provisión de un circuito e imponer la firma de un contrato abusivo y no aprobado por la Administración, con los restantes pronunciamientos que se prevén en el art. 46 LDC.

23. Mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 7 de marzo de 1997 TELEFONICA solicita prórroga del plazo para formular sus conclusiones, a lo que se accedió por Providencia de día 10 de los mismos.

Mediante escrito de 17 de marzo de 1997 TELEFONICA formula sus conclusiones de acuerdo con sus anteriores argumentaciones y que concreta en las siguientes:

- 23.1. Las relaciones comerciales entre TELEFONICA y ESPRIT se llevaron a cabo desde el año 1992 de forma absolutamente normal, facilitándose por TELEFONICA dos circuitos conforme a las condiciones pactadas y que fueron dados de baja por ESPRIT tras un breve período de utilización.

23.2. Al solicitarse por ESPRIT un nuevo circuito con capacidad 512 Kbps, que se retrasó en varias ocasiones a solicitud de ESPRIT, fijándose finalmente el 15 de febrero de 1994 como fecha para su entrada en funcionamiento, ciertos elementos permiten a TELEFONICA comprobar que la actividad de ESPRIT incluye la prestación del servicio telefónico básico internacional que TELEFONICA tenía concedido en régimen de monopolio para la que aquélla no se encontraba habilitada por lo que acudió a la Administración de Telecomunicaciones solicitando expresamente instrucciones.

La Administración española responde a TELEFONICA señalando la falta de título habilitante de ESPRIT y confirmando que TELEFONICA tiene facultad para verificar que el solicitante dispone del preceptivo título habilitante. Así se lo comunica la Delegación del Gobierno en Telefónica mediante escrito de 30 de mayo de 1994, en donde se manifiesta que TELEFONICA, en base al contrato regulador de la concesión, tiene facultades delegadas de verificación sobre la correcta utilización de los servicios objeto de concesión, por lo que puede solicitar la disponibilidad del correspondiente título administrativo habilitante.

Además, en escrito de fecha 30 de mayo de 1994 se comunica a la propia ESPRIT por la Delegación del Gobierno en TELEFONICA, en contestación a dos escritos de aquélla, el derecho que asiste a TELEFONICA a verificar que el solicitante dispone del correspondiente título y que TELEFONICA no está obligada a proporcionar los servicios portadores entretanto.

El que ESPRIT no disponía del correspondiente título administrativo habilitante no admite lugar a dudas, ya que éste no lo pudo adquirir en diciembre de 1991 por silencio administrativo. Todo ello es confirmado en el escrito de junio de 1995 de la Delegación del Gobierno en TELEFONICA a la propia Dirección General de Defensa de la Competencia.

23.3. Desde el momento en que ESPRIT comunica a TELEFONICA que dispone de la autorización necesaria para prestar los servicios de valor añadido que justifican el alquiler del circuito, ésta procede a la instalación en los plazos que las circunstancias del caso lo permiten.

La prueba pericial practicada acredita que entre un circuito internacional Madrid-Londres de 64 Kbps y otro de 512 Kbps no existe identidad técnica que permita su prestación con idénticos medios técnicos, siendo el tiempo estimado para provisión de este

último ligeramente superior a los 92 días hábiles, en lo que cumplió claramente TELEFONICA.

23.4. La imputación a TELEFONICA de utilizar un contrato de adhesión para alquiler de circuitos no supone infracción de las normas de competencia, ya que esta última comunicó su modelo a la Administración y si no se produjo la aprobación formal, en cualquier caso, ya no es imputable a TELEFONICA, a quien no se le puso reparo alguno por la Administración a las cláusulas del referido contrato.

Por todo ello entiende TELEFONICA que no ha incurrido en las prácticas prohibidas que se le imputan en el presente Expediente.

24. El TDC deliberó y falló sobre el presente Expediente en las sesiones de su Pleno celebradas los días 3 y 10 de junio de 1997, encargando la redacción de la presente Resolución al Ponente.
25. Son interesados:
- TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.
  - ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA S.A.

### **HECHOS PROBADOS**

1. Con fecha 30 de julio de 1993 ESPRIT solicitó de TELEFONICA la provisión de un circuito de 512 Kbps Madrid-Londres, que tras varios aplazamientos, sólo imputables a ESPRIT, se concretó como fecha de puesta en marcha el día 15 de febrero de 1994.
2. TELEFONICA, al sospechar de la ilegalidad de servicios que pretendía prestar ESPRIT, solicitó inmediatamente instrucciones de la Administración española al respecto, quien le comunicó que ESPRIT carecía de título habilitante, cuya exigencia legal, debía ser comprobada por TELEFONICA.
3. ESPRIT solicitó de la Administración la concesión administrativa para el citado circuito de 512 Kbps con fechas 9 y 15 de febrero de 1994.
4. Mediante escrito de 8 de junio de 1994 ESPRIT se dirige a TELEFONICA comunicando que se le ha autorizado a prestar los citados servicios de valor añadido y pidiendo que se proceda a la provisión de la línea antes referida.

5. Para la contratación de la repetida línea Madrid-Londres de 512 Kbps TELEFONICA facilitó a ESPRIT el modelo de contrato cuya aprobación había sometido a la Administración sin pronunciamiento de la misma y sin objeción alguna al contenido de sus cláusulas.
6. ESPRIT llega ante la Comisión CEE a una conciliación con TELEFONICA en la que se acuerda que ésta instalará la línea 512 Kbps Madrid-Londres de conformidad con los permisos de ESPRIT en Madrid, tan pronto sea posible, pero en ningún caso más tarde de 13 semanas desde el 6 de julio de 1994, fecha del contrato celebrado al respecto entre ESPRIT y TELEFONICA.
7. TELEFONICA, de conformidad con lo pactado ante la Comisión CEE, suministra la línea a ESPRIT el 26 de septiembre de 1994.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. No resulta controvertido por ninguna de las partes interesadas en el expediente el que TELEFONICA ostenta posición de dominio, por cuanto que la cláusula tercera del contrato regulador suscrito con el Estado Español el 21 de noviembre de 1991 le otorga el monopolio de la prestación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones. Como todo monopolio, dispone de una posición de dominio en su mercado y en aquéllos que exigen necesariamente la utilización de sus servicios, según tiene señalado este Tribunal en su Resolución de fecha 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, F.D. 10).

Tanto la LDC como el Derecho comunitario sobre la materia no persiguen ni sancionan la posición de dominio por sí misma (otra cosa es la forma en que se haya alcanzado), sino el abuso de esa posición. La posición de dominio puede ser perfectamente lícita pese a que implica una situación fáctica en que la competencia no existe, o si existe, es prácticamente irrelevante. Lo que se persigue y sanciona es el abuso de posición dominante.

El art. 6 LDC al igual que el art. 86 TCEE no define el abuso de posición de dominio sino que se limita a prohibir con carácter general la explotación abusiva de una posición de dominio y ha añadido en su párrafo 2º solamente con carácter ejemplificativo pero no limitativo cinco supuestos de abuso, tomados casi literalmente del art. 86 TCEE.

A la vista de ambos preceptos, español y comunitario, parece evidente que lo que en definitiva se prohíbe es que, al amparo de una posición de

dominio, una empresa actúe en el mercado de una forma que no le hubiera sido posible si existiera competencia efectiva, perjudicando de forma injustificada a los demás participantes en el mercado.

No es lo mismo la actuación respecto de la libre competencia si se tiene posición de dominio que si se carece de ella, de suerte y manera que las actuaciones que podrían ser lícitas y justificables en caso de una empresa que carezca de posición de dominio, pasan a ser reprochables cuando la empresa se encuentra en esa situación como tiene declarado este Tribunal en su Resolución de 17 de marzo de 1992 (Expte. 272/90 Repsol-Butano). En la misma línea el TJC en sus Sentencias caso United Brands y L'Oreal o en Decisión Tetra Pak II.

2. Recordada la anterior doctrina, pasaremos a examinar las conductas que por contrarias a la LDC se acusa a TELEFONICA.

Se imputa a TELEFONICA en este Expediente que abusó de posición de dominio, que se concreta en dos actuaciones. Por un lado, el denegar y retrasar injustificadamente la puesta en servicio de un circuito internacional de 512 Kbps que ESPRIT había solicitado con fecha 30 de julio de 1993. Además, el obligar a firmar a ESPRIT un contrato tipo que no se encontraba autorizado por la Administración y que podría contener cláusulas abusivas. Ambas conductas son calificadas por el SDC como abuso de posición de dominio tipificables en el art. 6.2.c) LDC, pudiendo también infringir el art. 86 del Tratado CEE.

- 2.1. En cuanto a la acusación de retraso injustificado en el suministro de un circuito internacional de 512 Kbps, es preciso señalar que quien tiene acreditados retrasos injustificados es ESPRIT. Así, mediante fax de 19 de agosto de 1993 se cambia unilateralmente la fecha prevista de alta para la nueva línea de 512 Kbps para el 31 de octubre, en lugar del 30 de septiembre que inicialmente se estableció en el contrato (folio 543 Expte. SDC). Mediante nuevo telefax de fecha 29 de septiembre de 1993 se propone un aplazamiento al 1 de enero de 1994 (folio 541 Expte. SDC). Y utilizando el mismo medio de comunicación, con fecha 29 de noviembre de 1993, ESPRIT comunica un "nuevo aplazamiento de la instalación" hasta 15 de febrero de 1994 (folio 542 Expte. SDC).

De las alegaciones de ESPRIT en el Expediente se constata que esta última fecha es con la que finalmente está de acuerdo en que se le suministre la nueva línea Madrid-Londres de 512 Kbps. Sin embargo, no se proporciona la citada línea por parte de TELEFONICA hasta el 29 de septiembre de 1994.

- 2.2. Con fecha 2 de marzo de 1994 TELEFONICA se dirigió a la Administración (Dirección General de Telecomunicaciones) manifestando sus sospechas sobre la ilegalidad de los servicios que pretendía prestar ESPRIT a través del circuito de 512 kbps y solicitando instrucciones respecto de la provisión de los citados circuitos a ESPRIT (folios 138 y 139 Expte. SDC).

La Dirección General de Telecomunicaciones por escrito de 30 de mayo de 1994 responde a TELEFONICA que ESPRIT no disponía de título administrativo habilitante concedido por la Administración española para la prestación de servicios de valor añadido sobre circuitos alquilados y mientras no se obtenga TELEFONICA no viene obligada a proporcionar los servicios portadores en los que se ha de sustentar y que hasta el 9 y 15 de febrero de 1994 no ha presentado ESPRIT la solicitud. Se hace constar que, en base a lo dispuesto en el contrato regulador de la concesión para la prestación de servicios entre la Administración del Estado y TELEFONICA, ésta tiene facultades delegadas para solicitar la presentación del correspondiente título habilitante (folios 140 y 141 Expte. SDC).

- 2.3. La Delegación del Gobierno en TELEFONICA es incluso más contundente al responder a la información solicitada por el Director General de Defensa de la Competencia. Así, en su informe (folio 507 Expte. SDC) afirma que durante el período transitorio hasta la entrada en vigor del Reglamento técnico y de la prestación del servicio portador de alquiler de circuitos (aprobado por Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre), TELEFONICA debía comprobar, con carácter previo a la prestación del servicio, que el arrendatario disponía de título habilitante.

- 2.4. Al propio tiempo la Administración se dirige a ESPRIT en contestación a dos escritos anteriores de ésta, manifestando que no puede considerarse adquiridas por silencio administrativo las facultades de gestión indirecta de servicios de valor añadido que utilicen como soporte servicios portadores de los definidos en el art. 14.1.b) de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, ya que exigen concesión administrativa (art. 22 LOT) y ésta no se obtiene por silencio, como manifiesta ESPRIT, por lo que carecía de esta concesión incluso para el anterior circuito que explotaba, recordándole al respecto que la prestación de servicios de telecomunicación sin título habilitante se considera infracción muy grave en la citada Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 18-12-1987 (LOT).

En el mismo escrito, la Administración hace constar que ESPRIT ha presentando en fechas 9 y 15 de febrero de 1994 a la Dirección General de Telecomunicaciones solicitudes de autorización administrativa que le serán resueltas y que, por tanto, ESPRIT no disponía a la fecha de sus escritos de 16 de marzo y 6 de abril de 1994 de título administrativo habilitante, no estando obligada TELEFONICA a proporcionar los servicios portadores hasta que no se obtenga y se acredite la obtención de la correspondiente autorización (folios 142 y 143 Expte. SDC).

- 2.5. ESPRIT, en todas sus alegaciones a lo largo del Expediente, sostiene que al inicio de sus actividades en España solicitó autorización para la prestación de servicios de valor añadido que requerían el alquiler del servicio portador de TELEFONICA y que le fue concedida por silencio administrativo. Así TELEFONICA facilitó sin ningún problema la anterior línea de 64 Kbps.

Como se desprende del art. 20 en relación con el art. 14.a.b) LOT se precisaba en todo caso concesión administrativa que no puede obtenerse por silencio, tal y como manifiesta la Administración en el escrito antes comentado.

- 2.6. Se sostiene también en su línea argumental por ESPRIT que, toda vez que la línea de 512 Kbps era una ampliación de la anterior de 64 Kbps, no se precisaba nueva autorización. Como queda dicho, no obtuvo nunca anteriormente la necesaria concesión administrativa. Si actuó anteriormente ESPRIT sin la expresa concesión, si por ello su conducta es o no sancionable, son cuestiones ajenas en cualquier caso al presente Expediente. Pero además no se trata de una ampliación de una línea anterior, sino de una línea nueva que se contrata. Así, en su telex de 19 de agosto de 1993, Esprit ordena la suspensión de la línea de 64 Kbps por no resultarle de interés y solicita la tramitación del alta de nueva línea de 512 Kbps (folio 543 Expte. SDC). En otros aplazamientos por sendos telefax se refiere siempre a la nueva línea (folios 541 y 542? Expte. SDC). Pero además en la prueba pericial practicada ante este Tribunal se constata que existe una clara diferencia entre los medios técnicos necesarios para la provisión de circuitos de 64 Kbps o los requeridos para 512 Kbps, siendo aquellas diferencias de fondo en cuanto a funcionalidad, tecnología y requisitos de configuración de los equipos referidos al servicio. A continuación se afirma que la constitución de un nuevo circuito, como en el caso que nos ocupa, necesitó que se constituyera un nuevo enlace (folio 97 Expte. TDC).

- 2.7. Tampoco tiene acomodo con la realidad de los hechos la afirmación de ESPRIT de que se vio sorprendida el 15 de febrero de 1994 al no facilitarle TELEFONICA la nueva línea de 512 Kbps, y el que desconocía que debía solicitar autorización administrativa. Según consta en el comentado escrito que la Administración dirige a esta compañía, con fechas 9 y 15 de febrero de 1994 había solicitado dicha autorización. Además, por escrito de fecha 8 de junio de 1994 ESPRIT se dirige a TELEFONICA manifestando que se le ha autorizado a ofrecer los repetidos servicios de valor añadido, reconociendo explícitamente que los títulos habilitantes los obtiene el 7 de junio de 1994 (folio 148 Expte. SDC).

En definitiva, TELEFONICA no abusó de su posición de dominio retrasando injustificadamente la puesta en marcha de la nueva línea de 512 Kbps solicitada por ESPRIT, ya que hasta el 7 de junio de 1994 ésta carecía de título habilitante por lo que TELEFONICA, tras consultar a la Administración, no facilita la citada línea el 15 de febrero de 1994 en la fecha pretendida por ESPRIT después de retrasos sólo imputables a esta compañía.

Nada tiene que ver la conducta seguida aquí por TELEFONICA con la practicada por esta compañía en el caso del Expediente 350/94 de este Tribunal, que dio origen a la Resolución de fecha 1 de febrero de 1995, cuya doctrina se invoca en repetidas ocasiones por ESPRIT. En el supuesto de aquel Expediente, TELEFONICA se irroga las facultades de la Administración y actúa en contra de su competidor, mientras que aquí, por el contrario, consulta con la Administración en el momento en que surge la primera diferencia y actúa de conformidad con las instrucciones de aquélla.

- 2.8. Después de los diversos incidentes hasta aquí examinados, ESPRIT llega a una conciliación con TELEFONICA ante la Comisión CEE acordándose que esta última instalará la línea de 512 Kbps Madrid-Londres de conformidad con los permisos de ESPRIT en Madrid, tan pronto sea posible, pero en ningún caso en más de trece semanas desde el 6 de julio de 1994 (folio 107 Expte. SDC). No puede pues olvidarse el efecto sanador de la conciliación en las diferencias de las relaciones interpartes, ni dejar de observarse que las quejas de ESPRIT ante la Comisión CEE van dirigidas no sólo contra TELEFONICA, sino también y fundamentalmente contra la Administración española, pactándose que *"4.c) la aplicabilidad en términos generales de la resolución de 11 de julio de 1994 será revisada por la Dirección General de Telecomunicaciones para*

*asegurar la plena transparencia e igualdad de trato entre las partes en el mercado, en línea de la solicitud realizada por ESPRIT TELECOM'* (folio 109 Expte. SDC). Todo esto resulta acorde con la denuncia de ESPRIT que dio origen a este Expediente, en cuyo hecho noveno se expresan las quejas de la denunciante por el amparo que a su juicio dan a TELEFONICA tanto la Dirección General de Telecomunicaciones como el Delegado del Gobierno en TELEFONICA (folio 5 Expte. SDC).

TELEFONICA cumple con lo pactado en la conciliación ante la Comisión CEE y suministra la línea a ESPRIT el 26 de septiembre de 1994, como reconoce ésta, y ello acontece pese a problemas de última hora imputables sólo a ESPRIT. Así, la operadora británica Mercuy, mediante telefax de fecha 20 de septiembre de 1994, comunica a TELEFONICA que ESPRIT ha solicitado un cambio en el circuito de Londres y esperan comenzar las pruebas el día 23 de septiembre (folio 542 Expte. SDC). TELEFONICA, pese a esta nueva situación, a la que es ajena, colabora y cumple suministrando la línea dentro del término pactado en la conciliación. De la prueba pericial practicada a instancia de TELEFONICA en la fase de tramitación del Expediente ante el Tribunal merece destacar a este respecto, en todo caso, que el circuito solicitado por ESPRIT terminaba en la red de Mercury y la ausencia de acuerdo con ésta de planificación de la actividad podría llevar a introducir tiempos adicionales dedicados a planificación y coordinación (folios 94 a 99 Expte. TDC).

La descalificación genérica que ESPRIT realiza del Perito propuesto por TELEFONICA, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones, en su escrito de fecha 30 de septiembre de 1996 (folios 57 a 59 Expte. TDC) carece de fundamento, excediendo los términos de defensa, y no se concreta en la persona del catedrático designado al efecto por el Director de dicho Centro y que realiza la pericia, por lo que no puede ser tenida en consideración.

En definitiva, los hechos que resultan probados no acreditan que TELEFONICA haya abusado de su posición de dominio en los términos en que viene siendo acusada en este Expediente.

3. También se acusa a TELEFONICA de abuso de posición de dominio por obligar a firmar a ESPRIT un contrato tipo que no se encontraba autorizado por la Administración y que podría contener cláusulas abusivas. Las pruebas existentes en el Expediente no lo acreditan.

- 3.1. Con fecha 28 de marzo de 1994 la Delegación del Gobierno en TELEFONICA se dirigió a dicha compañía solicitando los contratos tipo utilizados por ésta (folio 546 Expte. SDC). Dicho contrato tipo, que obra en el Expte. SDC a los folios 357 a 367, fue facilitado.
- 3.2. En el informe del Delegado del Gobierno en TELEFONICA al Director General de Defensa de la Competencia, se afirma que el Real Decreto 1558/1995, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio portador de alquiler de circuitos, establece que las relaciones entre arrendatario y arrendador se regularán a través de un contrato tipo aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, que en la fecha en que informa, 13 de noviembre de 1995, no está aún elaborado. Con anterioridad no existía norma que estableciera dicho requisito, si bien implícitamente se deriva la necesidad de la base contractual. TELEFONICA presentó el modelo de contrato a la Administración para su aprobación, lo que no se produjo dado que se estaba a la espera de la publicación del anterior Reglamento (folio 506 Expte. SDC).

Así pues, TELEFONICA suministra el modelo de contrato cuando se lo requiere la Administración sin que por ésta se objete nada a ninguna de sus cláusulas.

- 3.3. Se emplea el mismo modelo de contrato por TELEFONICA en su relación con todas las empresas que prestan servicios a terceros y tienen alquilados circuitos internacionales, como en el caso de ESPRIT (folios 402 a 501 Expte. SDC), sin que resulte significativo el que ésta sea la primera de las empresas que alquila circuitos internacionales de gran potencia, que contraten con este modelo.
- 3.4. En la conciliación ante la Comisión CEE ESPRIT pacta un plazo para el suministro del circuito con TELEFONICA en base al contrato que había firmado con TELEFONICA el 6 de julio de 1994, ratificando en definitiva la validez de dicho contrato sin ningún tipo de objeción, según consta en el apartado 3.b) de la conciliación (folio 109 Expte. SDC). Pese a la meridiana claridad de estos hechos, es preciso resaltar que tratan de ser abiertamente tergiversados por ESPRIT en su escrito inicial de denuncia. En el apartado décimo de la misma se afirma que ha obtenido una conciliación ante la Comisión CEE con TELEFONICA el 26 de julio de 1994 y a continuación en el undécimo se dice que posteriormente se le impone por TELEFONICA el contrato que se ve obligada a firmar por estar peligrando su supervivencia (folio 6 Expte. SDC) incurriendo abiertamente en

contradicción, pues el contrato se firmó antes de la conciliación y la misma se establece en base a aquel contrato.

Constando acreditado en definitiva que TELEFONICA sometió a la aprobación de la Administración el modelo de contrato sin recibir ningún tipo de objeción, que el mismo contrato ha sido empleado con todos los operadores y la propia ratificación a la validez del contrato que se deriva de la conciliación a la que se llega por ESPRIT y TELEFONICA ante la Comisión CEE no puede hablarse en este caso de la existencia de abuso de posición de dominio.

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

### **HA RESUELTO**

**Unico:** Declarar que TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. en sus relaciones con ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA S.A. para el suministro de un circuito de 512 Kbps Madrid-Londres no ha incurrido en abuso de posición de dominio del que venía acusada en el presente Expediente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de 2 meses contados desde la notificación de esta Resolución.