

RESOLUCIÓN (Expte. 518/01 INTERNAUTAS/TELEFÓNICA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 29 de abril de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Miguel Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 518/01 (2082/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC) iniciado en virtud de denuncia de la Asociación de Internautas contra Telefónica S.A. por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la negativa a facilitar el acceso indirecto al bucle del abonado a los Proveedores de Servicios de Internet, obligándoles a contratar servicios con Telefónica Data, S.A. como único operador autorizado en el mercado de servicios ADSL y en el lanzamiento de los servicios ADSL por parte de Terra Networks, S.A a precios por debajo de coste.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de octubre de 1999 se recibió en el Servicio escrito de denuncia de la Asociación de Internautas contra Telefónica S.A. por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 LDC, consistentes en la negativa a facilitar el acceso indirecto al bucle del

abonado a los Proveedores de Servicios de Internet, obligándoles a contratar servicios con Telefónica Data, S.A. como único operador autorizado en el mercado de servicios ADSL y en el lanzamiento de los servicios ADSL por parte de Terra Networks, S.A a precios por debajo de coste.

2. De conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, el Servicio, por Providencia de 28 de octubre de 1999, admitió a trámite la denuncia, incoando expediente sancionador con el número 2.082/99 por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 6 de la LDC y 82 del Tratado de la Unión Europea, en relación con posibles prácticas discriminatorias a los operadores con capacidad para acceder al punto de acceso indirecto al bucle del abonado, así como irrupción en el mercado ADSL a precios desleales, lo que podría configurar una barrera a la entrada para otros operadores competidores de las filiales de Telefónica que están actualmente operando en el mismo.
3. Con fecha 28 de marzo de 2001 el Servicio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 37 LDC notificó el Pliego de Concreción de Hechos (folios 2508-2549 expte. SDC), incluyendo una propuesta de sobreseimiento parcial en relación con la posible irrupción en el mercado de las empresas del Grupo Telefónica a precios desleales y considerando acreditadas las siguientes prácticas infractoras:
 - a. *Concesión a Telefónica Data de información privilegiada sobre los requisitos técnicos de compatibilidad de los módem usuario con los equipos ADSL de Telefónica de España. Dicha práctica se mantiene como mínimo durante el período comprendido entre el 21 de mayo de 1999 hasta el 31 de mayo de 1999.*
 - b. *La realización de pruebas para la preparación del lanzamiento de los servicios ADSL por parte de Telefónica Data con anterioridad a la puesta a disposición del servicio al resto de los operadores autorizados potenciales. Dicha práctica se mantiene como mínimo durante el período comprendido entre el 8 de junio de 1999 hasta el 9 de julio de 1999.*
 - c. *La inclusión en el acuerdo de prestación de servicios de Megavía ADSL de cláusulas que permiten la identificación de servicios prestados en monopolio con servicios prestados en competencia. Dicha práctica se mantiene desde el 15 de septiembre de 1999 hasta junio del año 2000.*

d. La prestación en exclusiva a Telefónica Data de un servicio de mantenimiento e instalación de módems. Dicha práctica se mantiene desde el 15 de septiembre de 1999 hasta el 24 de noviembre de 1999.

4. Con fecha 26 de abril de 2001, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, acordó el sobreseimiento parcial del expediente 2082/99 en relación con las campañas de lanzamiento de los servicio ADSL por parte de las empresas del Grupo Telefónica. Este acuerdo no fue recurrido ante el Tribunal.
5. El 3 de mayo de 2001 tuvo entrada en el Tribunal el Informe-Propuesta del Servicio, previsto en el artículo 37.3 LDC, correspondiente al expediente sancionador 2082/99. En dicho informe el Servicio, tras considerar que no está suficientemente probado el primer cargo formulado según el cual Telefónica Data habría dispuesto de información privilegiada sobre la compatibilidad del *módem* seleccionado con el equipamiento ADSL empleado por parte de Telefónica de España en sus centrales locales y, una vez valoradas las alegaciones de la empresa denunciada sobre las restantes infracciones imputadas, propone al Tribunal lo siguiente:

Primero.- *Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare por ese Tribunal la existencia de un abuso de posición de dominio imputable a Telefónica S.A. que se ha materializado en las siguientes actuaciones:*

- *Retrasos injustificados y arbitrarios en la presentación del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado a los operadores competidores de Telefónica Data, así como de la posibilidad abierta a éstos para la realización de pruebas, aumentando de esta forma el contexto de incertidumbre tecnológica en relación con las posibilidades y compatibilidades de sus propios servicios con el Gig ADSL , en perjuicio directo por lo tanto de los mismos y en beneficio directo de Telefónica Data.*
- *La redacción de un contrato que, por negligencia o de forma intencional, permite la unificación de actividades prestadas en monopolio con actividades prestadas en competencia en un servicio único y global.*

- *La prestación en exclusiva a Telefónica Data de un servicio de instalación y mantenimiento de módems, sin que dicho servicio se abriera al resto de los competidores hasta la segunda quincena de noviembre de 1999, cuando- a mayor abundamiento- existía un contrato disponible desde el 20 de octubre de 1999, fecha en la que este es firmado con Telefónica Data.*

Segundo.- *Que se intime a Telefónica, S.A. para que en el futuro se abstenga de realizar estas prácticas prohibidas.*

Tercero.- *Que se ordene a Telefónica, S.A. la publicación, a su costa, en el BOE de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.*

Cuarto.- *Con respecto a la sanción económica, este Centro Directivo considera necesario que ese Tribunal tenga en cuenta de un lado la especial responsabilidad que incumbe a toda empresa en posición de dominio en un mercado en proceso de liberalización y de otro los escasos efectos prácticos que parecen haberse producido como consecuencia de las conductas imputadas sobre las condiciones efectivas de competencia en el mercado objeto de análisis en el presente expediente.*

Quinto.- *Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.*

6. Por Providencia de 16 de mayo de 2001 el Tribunal admitió a trámite el expediente con el número 518/01, poniéndolo de manifiesto a los interesados, en los términos del artículo 40 LDC, a fin de que pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
7. El 20 de junio de 2001 se recibe en el Tribunal escrito de Telefónica S.A. solicitando la celebración de vista oral y proponiendo pruebas.
8. El 5 de julio de 2001 Telefónica S.A. solicita que se admita la incorporación al expediente un dictamen técnico evaluando la información incluida en las presentaciones a operadores autorizados del Servicio GIGADSL (folios 35-129 expte. TDC).

9. Por Auto de 12 de julio de 2001 el Tribunal admitió las pruebas que consideró procedentes, concediendo a los interesados plazo para su valoración, declaró necesaria la celebración de Vista y acordó la incorporación al expediente del documento aportado por Telefónica S.A. el 5 de julio.
10. El 2 de agosto de 2001 presenta Telefónica S.A. escrito de alegaciones y valoración de prueba en el que solicita que se declare su confidencialidad y, subsidiariamente, la aportación de una versión no confidencial.
11. El 17 de septiembre de 2001 Telefónica S.A. solicita la aportación al expediente de un estudio sobre el análisis de la oferta de servicios ADSL del Grupo Telefónica en el periodo 1999-2000, solicitando que sea tratado como documentación confidencial restringiendo el acceso de terceros y permitiendo, subsidiariamente, la aportación de una versión no confidencial.
12. El 2 de octubre de 2001 Telefónica S.A. aporta una versión no confidencial del escrito de alegaciones presentado el 2 de agosto de 2001.
13. Por Auto de 5 de noviembre de 2001 el Tribunal acordó declarar confidencial el escrito de alegaciones y valoración de prueba de Telefónica presentado el 2 de agosto de 2001 (folios 152 a 184 expte.TDC) y el anexo II del escrito de Telefónica S.A. presentado el 2 de octubre de 2001 (folios 224 y 225 expte. TDC); formar pieza separada con los citados documentos, incorporar al expediente el escrito de Telefónica S.A. presentado el 2 de octubre de 2001, cuyo anexo I constituye la versión no confidencial de la valoración de pruebas de Telefónica S.A.; inadmitir el estudio que con el título "Análisis de la oferta de servicios ADSL del Grupo Telefónica en el periodo 1999-2000" fue presentado el 17 de septiembre de 2001, devolviendo dicho estudio a Telefónica S.A. y celebrar Vista oral a las 10 horas del 24 de enero de 2002.
14. El 23 de noviembre de 2001 Telefónica S.A. solicita la incorporación al expediente del estudio confidencial que el Tribunal no había admitido en su Auto de 5 de noviembre de 2001, así como una versión no confidencial del mismo.
15. Por Providencia de 26 de noviembre de 2001 el Vocal Ponente acuerda incorporar al expediente la versión no confidencial y devolver a

Telefónica S.A. la versión confidencial del estudio que ya había sido inadmitida por el Tribunal.

16. En escrito de 18 de diciembre Telefónica S.A. reitera su solicitud de que se admita la versión confidencial del referido estudio y, subsidiariamente, que se admita sin declarar la confidencialidad y permitiendo su conocimiento por terceros interesados.
17. Por Providencia de 20 de diciembre de 2001 se admite el documento “Análisis de la oferta de servicios ADSL del Grupo Telefónica en el periodo 1999-2000”, sin declarar su confidencialidad.
18. El 24 de enero de 2002 se celebró la Vista de este expediente.
19. La denunciante Asociación de Internautas no compareció en el trámite de proposición de pruebas ni en el de valoración de las mismas ni en la Vista.
20. El Tribunal deliberó sobre este asunto tras la Vista y en su sesión plenaria del día 20 de marzo de 2002, en la que falló y encargó al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
21. Son interesados:
 - ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS
 - TELEFÓNICA S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los hechos siguientes:

1. Las empresas relacionadas con los hechos que se examinan en este expediente tienen las siguientes características:

TELEFÓNICA, S.A.

Es la empresa cabecera del Grupo Telefónica, cuya actividad es la tenencia de acciones de las diferentes empresas del grupo que operan en cada línea de actividad. Su objeto social, conforme al artículo 4º de los Estatutos Sociales, es la prestación y explotación de toda

clase de servicios públicos o privados de telecomunicaciones, así como toda clase de servicios auxiliares o complementarios o derivados de las telecomunicaciones.

Su actividad se centra tanto en el sector de telecomunicaciones propiamente dicho como en todas aquellas actividades vinculadas directa o indirectamente con las tecnologías de la información. De esta forma, la estrategia de la empresa es convertirse en operador global en los sectores de telecomunicaciones (gestión y explotación de redes de telefonía y datos; servicios de telefonía fija y móvil), Internet (servicios de acceso y provisión de contenidos) y media, esencialmente en el sector audiovisual, con actividad, aunque no exclusiva, en todo el mercado de habla hispana.

Para ello se articula en una serie de líneas de actividad de ámbito global con personalidad jurídica independiente. Las principales filiales operativas en los mercados afectados en este expediente son:

Telefónica de España S .A. U.

Su capital pertenece en un 100% a Telefónica, S.A.

Constituye el primer operador de redes de este país, encargado de prestar el servicio de telefonía básica, así como todos aquellos servicios de valor añadido y de banda ancha que permitan optimizar el uso de la red.

Es el operador dominante en redes e infraestructuras de acceso, atendiendo a la definición establecida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de Telecomunicaciones y goza de una posición prácticamente monopolística. Según el Informe anual de la CMT de 1999, el 93,16% de los accesos físicos instalados eran de par de cobre, siendo ésta como se ha señalado la tecnología sobre la que se prestan servicios de telefonía básica, RDSI y ADSL. De éstos, el 99,42% eran titularidad de Telefónica.

En el momento en que se producen los hechos, Telefónica de España era la encargada de prestar servicios de acceso indirecto al bucle abonado, manteniendo por tanto una situación de monopolio derivada de la Orden ministerial en lo que se refiere a infraestructura de red vinculada a la prestación de servicios ADSL.

Telefónica Data Corp.

Su capital pertenece en un 100% a Telefónica, S.A.

Telefónica Data Corp se encarga de la gestión del negocio de transmisión de datos. La sociedad operativa en España (Telefónica Data España) surge en julio de 1999 de la fusión de Telefónica Transmisión de Datos, S.A. con sus filiales Telefónica Servicios Avanzados de Información, S.A. y Telefónica Servicios VSAT, S.A.

Telefónica Data España ostentaba en 1999 una cuota del 90% del mercado español de transmisión y conmutación de datos.

2. El mercado de referencia es, en este expediente, el de servicios de acceso a Internet, a través de las telecomunicaciones, dentro del cual pueden distinguirse los siguientes escalones: el servicio de acceso o servicio porteador; el servicio de los proveedores de servicios de información (PSI), que se ocupan de gestionar, soportar y facilitar el acceso a los usuarios finales de Internet y el mercado de transmisión de datos por paquetes o circuitos, que realiza fundamentalmente una función de concentración y transporte de tráfico a nivel mayorista, permitiendo al PSI que carece de infraestructura propia la prestación de servicios homogéneos en todo o parte del territorio nacional.
3. La regulación inicial para el establecimiento en España de la tecnología ADSL se contiene en las Órdenes del Ministerio de Fomento del día 26 de marzo de 1999 (O. M. 8181 y 8182; BOE del 10 de abril). En particular, la O. M.8181, por la que se establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle del abonado de la red telefónica fija (Orden ADSL, en adelante), constituye la normativa básica del sector en lo que se refiere a servicios de acceso de banda ancha.

La Orden ADSL regulaba las condiciones en las que los operadores dominantes de redes públicas telefónicas fijas debían proveer el acceso indirecto al bucle del abonado, incorporando tecnologías de Línea de Abonado Digital Asimétricas (ADSL).

De acuerdo con el artículo 6 de la misma Orden, Telefónica de España S.A., como operador dominante, debe:

respetar el principio de neutralidad en relación con las condiciones económicas, operativas y comerciales, en particular, frente a los

operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso.

4. El contrato-tipo para la provisión por Telefónica de España del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado (servicio *Gig ADSL*) fue aprobado por Resolución del Secretario General de Comunicaciones con fecha de 9 de julio de 1999, notificándose a la interesada el 13 de julio de 1999 (folios 665-689 expte. SDC).

Con el fin de comenzar las pruebas preparatorias del lanzamiento del servicio, se inician contactos entre Telefónica de España y Telefónica Data en junio de 1999, realizándose el 8 de junio de 1999 las primeras peticiones de interconexión a los Puntos de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado (PAIBA) de Madrid (Río Rosas, 26) y Barcelona (Vía Augusta, 177) (folios 785-787 expte. SDC) y registrándose las primeras fechas de alta del servicio *Gig ADSL* los días 15 de junio, en el caso de Barcelona, y 22 de junio en Madrid, habiéndose facturado servicios contratados de *Gig ADSL* desde el 1 de agosto hasta el 31 de agosto de 1999, por concepto de cuotas de instalación del punto de acceso indirecto al bucle del abonado.

Telefónica de España se dirige formalmente a los potenciales operadores autorizados, distintos de Telefónica Data, mediante carta de fecha de 9 de julio (fecha de salida del registro: 16 de julio; folio 2460-2461 expte. SDC), en la que se les pone en conocimiento el próximo lanzamiento del servicio *Gig ADSL* (folio 781 expte. SDC). Consta en el expediente que dicha carta tuvo entrada en BT el 28 de julio (folio 1077 expte. SDC) y el 23 de julio en Retevisión (folio 1206 expte. SDC).

Según la propuesta de incorporación lanzada por Telefónica de España a los operadores autorizados en las presentaciones que se realizaron individualmente (folio 611 expte. SDC), se establece un período de Pruebas del Servicio a Operadores Autorizados desde mediados de julio hasta mediados de septiembre y una fecha de efectividad de los Contratos de Alta en Servicio, a partir del 15 de septiembre.

Según la versión del mismo documento aportada por Jazztel (folio 1444), los contratos de alta de servicio pueden realizarse a partir de mediados de agosto, aún cuando no resultaran efectivos hasta el 15 de septiembre de 1999.

5. En el contrato de TELEFÓNICA DATA del servicio *Megavía ADSL* que estuvo vigente hasta junio de 2000, dirigido a PSIs y empresas multiubicación, figuran las siguientes cláusulas:

4 Equipamiento

Para la utilización del servicio Mega Vía ADSL se necesita :

Un elemento de filtrado de señales (splitter) , instalado junto al PTR , que permita el uso compartido del bucle entre las comunicaciones telefónicas y el acceso indirecto mediante las tecnologías ADSL. Este equipo lo suministra TELEFÓNICA DATA.

6 Atención al Cliente y Resolución de Averías

... El Servicio Megavía ADSL incluye el mantenimiento y gestión de todos los elementos contratados por el cliente con TELEFÓNICA DATA para la provisión del mismo.

7 Derechos y Obligaciones de las partes

1) El cliente del servicio MegaVía ADSL proporcionará a Telefónica Data la autorización del usuario, en caso de que ésta sea solicitada, que permita el acceso al lugar de ubicación de equipos para instalar o retirar equipos así como para realizar las operaciones de mantenimiento y reparación de averías.

... En caso de que el cliente rescinda el contrato del Servicio Megavía ADSL deberá devolver a Telefónica DATA todo el equipamiento ADSL (splitter y equipos adaptadores ADSL) propiedad de TELEFÓNICA DATA.

6. Con independencia del servicio regulado de Gig ADSL, Telefónica de España lanza asimismo un servicio de instalación y mantenimiento de *Módem ADSL*, así como servicios logísticos que incluirían el almacenaje, control de entrega y de calidad de los mismos.

Estos servicios son puestos en conocimiento de los operadores autorizados con fecha 24 de noviembre de 1999 (folio 783 expte. SDC), aún cuando en su carta de fecha 21 de septiembre, BT hace referencias a la oferta por parte de Telefónica de este servicio (folio 1080 expte. SDC).

7. En los años 1999 y 2000 la evolución de las altas de usuarios finales con acceso a Internet mediante tecnología ADSL, según información aportada por Telefónica S.A., fue la señalada en el siguiente cuadro:

Clientes GigADSL		ALTAS CUMPLIMENTADAS												
		AÑO 99	Ene-00	Feb-00	Mar-00	Abr-00	May-00	Jun-00	Jul-00	Ago-00	Sep-00	Oct-00	Nov-00	Dic-00
MONDRAGON CONECT.												13	2	3
ENIAC												2	12	15
SARENET												1	0	0
EUSKALTEL				2	0	10	1	0	0	0	0	1	2	1
CATALANA TELECOMUNIC														3
LOOP TELECOM				2	1	5	9	23	95	15	79	98	277	379
RETEVISION I											29	37	27	41
B.T. TELECOMUNICACION		9	0	1	4	1	45	34	34	13	42	45	40	89
TELIA IBERIA		5	0	0	0	1	0	0	1	1	0	1	10	5
AIRTEL MOVIL				14	7	0	8	2	3	17	9	1	8	3
TELEFÓNICA DATA		854	414	1108	2128	2307	3799	4342	2276	3057	4594	3635	10337	8660
RETEVISION		7	0	0	0	5	8	2	2	6	16	1	0	0
COLT TELECOMESPAÑA		3	0	0	155	0	0	0	0	0	3	11	1	10
JAZZTEL		16	5	93	0	54	87	48	68	20	76	53	24	57

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los hechos que el Tribunal considera probados son admitidos por la parte denunciada aunque con una valoración muy diferente a las que realiza el Servicio en el PCH y, posteriormente, en el Informe Propuesta. No habiendo comparecido la parte denunciante, el Tribunal debe resolver sobre estas dos diferentes valoraciones que se dan a los hechos probados.

En sus alegaciones iniciales TELEFÓNICA S.A. señala que no hay pruebas concluyentes de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA discriminase a favor de Telefónica Data en el lanzamiento de los servicios ADSL que permitan imputar un abuso de posición de dominio e invoca la necesidad de respeto del principio de presunción de inocencia así como los requisitos necesarios para utilizar la prueba de presunciones. Estas alegaciones preliminares constituyen generalidades introductorias de las alegaciones posteriores y cree el Tribunal que deben apreciarse en el contexto de las conductas que se imputan.

2. La primera imputación de retrasos injustificados y arbitrarios en la presentación del servicio de acceso indirecto al bucle de abonado (*Gig ADSL*) a los competidores de TELEFÓNICA DATA es fundamentada por el Servicio en el hecho de que esta empresa había iniciado sus pruebas antes del 8 de junio, fecha de sus primeras solicitudes de conexión, mientras que sus competidores no pudieron realizarlas hasta después del 9 de julio, fecha en que TELEFÓNICA DE ESPAÑA se dirige a ellos ofreciendo la celebración de reuniones individualizadas y la concreción de ofertas en relación con su servicio *GigADSL* (folio 3029 expte SDC).

TELEFÓNICA DATA alega ante el Tribunal que el primer paso para la realización de pruebas, la solicitud de Puntos de Acceso Indirecto al Bucle del Abonado (PAIBAs), podía haber sido realizado por cualquier operador una vez conocidas las demarcaciones y centrales operativas, publicadas en la Orden ADSL de 10 de abril de 1999, y el momento de su apertura, información enviada por TELEFÓNICA DE ESPAÑA a la Secretaría General de Comunicaciones el 26 mayo 99, fechas ambas anteriores a la primera solicitud de PAIBAs por TELEFÓNICA DATA. Por otra parte, las presentaciones individualizadas que TELEFÓNICA DE ESPAÑA realizó para algunos operadores autorizados no contenían información esencial diferente a la que ya era accesible

previamente, puesto que el nivel mínimo de información para comenzar a prestar servicios estaba en la Orden ADSL y en la cualificación técnica y *proactividad* de los operadores.

Alega también TELEFÓNICA S.A. que la presentación a los operadores autorizados del servicio GigADSL era un intento de fomentar la expansión de la tecnología ADSL, pero no constituía una de sus obligaciones. No puede considerarse a TELEFÓNICA DE ESPAÑA como único garante y tutor de la competencia efectiva ya que existían diferentes actitudes en los operadores frente al lanzamiento ADSL y TELEFÓNICA DATA debía rentabilizar las inversiones que TELEFÓNICA DE ESPAÑA se había visto obligada a realizar por disposición regulatoria.

3. Con respecto a las funciones que el regulador establecía para el operador dominante y que, en consecuencia, podían esperar los operadores autorizados que se llevasen a cabo, el Tribunal constata, en primer lugar, el activo y dinamizador papel que la Orden ADSL encomienda imperativamente a los operadores dominantes como TELEFÓNICA DE ESPAÑA, monopolistas de la red de telefonía fija, que estaban obligados por primera vez a dar acceso a otros operadores, aunque sólo de forma indirecta, al bucle de abonado. Los operadores dominantes *proveerán el acceso..* (artículo 1), *implantarán los medios técnicos necesarios..* (artículo 2), *establecerán canales virtuales..*(artículo 4), *ofrecerán el acceso indirecto al bucle de abonado , al menos, en tres modalidades..*(artículo 7), etcétera. En todo caso, *respetarán el principio de neutralidad en relación con las condiciones económicas, operativas y comerciales, en particular, frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso.*(artículo 6).

El Tribunal constata también que no existe en la Orden ADSL indicación alguna sobre la realización de las pruebas necesarias para que cada operador pudiera comprobar la compatibilidad de sus medios con los de TELEFÓNICA DE ESPAÑA respecto a la apertura indirecta del bucle local ni indicio alguno de que la solicitud de PAIBAs constituyera el primer paso para la realización de tales pruebas, de manera que los operadores no podían conocer, a través de la simple lectura de dicha Orden, la fecha a partir de la que TELEFÓNICA DE ESPAÑA estaba dispuesta a realizar tales pruebas.

De hecho, el artículo 11 de la Orden ADSL remite la regulación de las relaciones entre los operadores dominantes y los operadores

autorizados al *contrato tipo que a dichos efectos apruebe la Secretaría General de Comunicaciones, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicho contrato tipo recogerá, entre otras, las condiciones de calidad en la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado y los supuestos de indemnización en caso de incumplimiento de dichas condiciones.*

Este contrato tipo que resultaría ser el denominado *GigADSL*, sin cuyo conocimiento preciso los operadores no podían actuar con seguridad plena, no fue aprobado hasta el 9 de julio de 1999, un mes después de que TELEFÓNICA DATA realizara su primera solicitud de conexión.

La alegación de TELEFÓNICA S.A. según la cual las presentaciones individualizadas del contrato *Gig ADSL* carecían de información esencial distinta a la ya contenida en la Orden ADSL tampoco encuentra apoyo en la documentación que consta en el expediente. La misma redacción del citado artículo 11 de la Orden ADSL muestra que el contrato tipo debía contener aspectos que no estaban incluidos en dicha Orden (condiciones de calidad, supuestos de indemnización) y el examen de los textos aportados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA en estas presentaciones permite observar que también se explicaban en ellas otros aspectos no incluidos en la Orden ADSL como las fases de despliegue (folio 1443 expte SDC) y los relativos a la contratación, tramitación y provisión de acceso indirecto al bucle local (folio 1446-1448 expte SDC). También se difundió en el curso de estas presentaciones información relevante sobre las fechas en que podían llevarse a cabo las pruebas (folio 1444 expte SDC).

Además, si como se alega, TELEFÓNICA DE ESPAÑA debía tratar de rentabilizar las inversiones que se le imponían, no cabe duda de que tenía que ofrecer su contrato *GigADSL* a todos los potenciales clientes en cuanto resultase aprobado por los reguladores. Esto es lo que podían esperar los operadores autorizados, que, efectivamente, respondieron de forma inmediata a la circular de 9 de julio de 1999, y esto es lo que, en definitiva, hizo TELEFÓNICA DE ESPAÑA al dirigirles dicha circular.

Sin embargo, TELEFÓNICA DATA dispuso de la información necesaria para establecer sus primeras conexiones y conseguir sus primeros clientes más de un mes antes de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA ofreciera su contrato *Gig ADSL* al resto de sus competidores, sin respetar el principio de neutralidad en relación con las condiciones económicas, operativas y comerciales frente a todos los operadores,

entre los que se contaba la empresa del Grupo Telefónica TELEFÓNICA DATA que debería haber recibido un trato idéntico al que recibieron sus competidores. El periodo de retraso de un mes resulta significativo si se tiene en cuenta que estaba previsto lanzar el servicio ADSL el 15 de septiembre de 1999.

Por todo ello, el Tribunal considera que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, abusó de su posición monopolística en la red de telefonía fija, con infracción del artículo 6 LDC, faltando a la neutralidad frente a los competidores en el mercado conexo de ADSL al conceder a TELEFÓNICA DATA una ventaja temporal en la provisión de acceso al bucle local, una instalación *esencial* en el sentido de la conocida doctrina comunitaria, es decir un factor necesario para que los competidores pudieran actuar en el mismo mercado que TELEFÓNICA DATA. Considera el Tribunal que este trato discriminado constituye un abuso en sí mismo, con independencia de que la ventaja así obtenida por TELEFÓNICA DATA tuviera o no influencia en la enorme cuota de mercado que acabaría ostentando en dicho mercado y sin que pueda admitirse que TELEFÓNICA DATA pudiera recibir un trato diferente al del resto de sus competidores basado en las inversiones que TELEFÓNICA DE ESPAÑA se había visto obligada a realizar por disposición regulatoria.

4. *La redacción de un contrato que, por negligencia o de forma intencional, permite la unificación de actividades prestadas en monopolio con actividades prestadas en competencia en un servicio único y global* constituye la segunda conducta abusiva imputada por el Servicio.

Telefónica S.A. alega (folios 191-223 expte.TDC) *“que la inclusión en el acuerdo de prestación de servicios de Megavía ADSL de ciertas cláusulas que pudieran entenderse como ambiguas no ha permitido que en el mercado se produjera la percepción de la identificación de servicios prestados en monopolio con servicios prestados en competencia”*. Tales cláusulas, que atribuyen a TELEFÓNICA DATA la propiedad y la instalación del filtro separador no demuestran, según Telefónica de España, que el mercado perciba que es realmente TELEFÓNICA DATA la que ofrece el servicio de instalación de dicho elemento sino que, por el contrario, los PSI clientes son agentes especializados que conocen perfectamente qué empresa realiza cada uno de los servicios ya que deben recabar el consentimiento del usuario final para que el operario de Telefónica de España entre en su domicilio.

Por ello, Telefónica S.A. considera que las mencionadas cláusulas ambiguas quedan vacías de contenido y constituyen aspectos formales que carecen de virtualidad para restringir la competencia. Por último Telefónica S.A., explica la inclusión de tales cláusulas en el contrato por las ineficiencias lógicas de cualquier servicio nuevo que no pueden ser consideradas como un comportamiento abusivo.

5. El Tribunal constata que las cláusulas que se objetan (ver HP 5) no son ambiguas, como afirma Telefónica S.A., sino inequívocas: según ellas TELEFÓNICA DATA es la propietaria del *splitter*, quien lo proporcionará al usuario final y se encargará de su mantenimiento. Otra cosa es que esto no se ajustase a lo que indica la Orden ADSL (el *splitter* es propiedad de TELEFÓNICA DE ESPAÑA y debe ser instalado y mantenido por ella) y otra cosa es, también, lo que el operador pudiera deducir de la lectura de este contrato.

En efecto, según la Orden, la instalación en el domicilio del usuario final del equipo necesario para disponer de ADSL consistía en una operación realizada en dos fases por operarios de dos empresas distintas. Si algún operador podía aligerar de forma sustancial la instalación ofreciéndola de forma compacta (una sola operación realizada por un solo operario), tal operador tendría una ventaja indudable a la hora de captar clientes (PSI, empresas con *multiubicación*) deseosos de minimizar las molestias de instalación a los usuarios finales.

Frente a los contratos de los operadores competidores de TELEFÓNICA DATA, que debían señalar claramente la necesidad de una doble intervención en el domicilio del usuario final (TELEFÓNICA DE ESPAÑA para instalar el filtro separador y Operador para instalar el *módem*), el cliente (PSI o empresa con *multiubicación*) podía, sin duda, considerar preferible el contrato de TELEFÓNICA DATA donde , sin ambigüedad, aparece un único suministrador de ambos elementos *splitter* y *módem* y, por tanto, la posibilidad de que el usuario final sólo tuviera que soportar la intervención de un solo operario para poder empezar a usar la tecnología ADSL en su ordenador.

Cuando TELEFÓNICA DE ESPAÑA alega que cualquier cliente, al leer estas cláusulas, advertiría inmediatamente el error material que contenían y deduciría, sin ninguna duda, que el contrato de TELEFÓNICA DATA no ofrecía ventaja alguna, está atribuyendo a los Clientes una clarividencia y un conocimiento de la Orden ADSL que a

ella misma le faltaron a la hora de redactar el mencionado contrato, *por las ineficiencias lógicas de cualquier servicio nuevo*. El Tribunal estima, por el contrario, que el contrato analizado tenía el potencial de inducir a los clientes a preferir a TELEFÓNICA DATA frente a sus competidores.

Resulta difícil explicar las inexactitudes de las mencionadas cláusulas del contrato Megavía ADSL como simples errores materiales, ya que exigían una variación de la Orden ADSL, pero, en todo caso, la especial responsabilidad que incumbe a quien goza de una posición dominante obligaba a TELEFÓNICA DATA a una impecable redacción del contrato.

Por todo ello, el Tribunal considera que TELEFÓNICA S.A. al redactar, deliberadamente o por negligencia, el contrato *Megavía ADSL*, vigente entre septiembre de 1999 y junio de 2000, en el que, bajo el doble encabezamiento de TELEFÓNICA como Titular del Grupo y de TELEFÓNICA DATA, se atribuía a TELEFÓNICA DATA la propiedad, el suministro y el mantenimiento del *splitter*, aparentando, así, la oferta de una ventaja que ningún competidor podía ofrecer, abusó de su posición dominante infringiendo el artículo 6 LDC.

6. Considera, por último, el Servicio que debe considerarse como abuso de posición dominante la prestación en exclusiva por TELEFÓNICA DE ESPAÑA a TELEFÓNICA DATA de un servicio de mantenimiento e instalación de módems desde el 15 de septiembre de 1999, fecha del contrato de dicho servicio por TELEFÓNICA DATA, hasta el 24 de noviembre de 1999 en que TELEFÓNICA DE ESPAÑA lo ofrece al resto de competidores.

Por su parte, TELEFÓNICA S.A. alega que el Servicio no ha acreditado con pruebas concluyentes que TELEFÓNICA DE ESPAÑA prestara en exclusiva el servicio de mantenimiento e instalación de módems a TELEFÓNICA DATA, ni que tal servicio fuera capaz de producir una ventaja competitiva, ya que no otorgaba valor añadido alguno, de forma que ni siquiera otra empresa del mismo grupo TELEFÓNICA, TERRA NETWORKS S.A, encontró ventajoso contratar este servicio. Por otra parte, no se ha demostrado que TELEFÓNICA DE ESPAÑA negara la contratación con terceros, pues, aunque ya desde septiembre se habían recibido vagas muestras de interés por este servicio, no eran solicitudes claras de contratación del Servicio y TELEFÓNICA DE ESPAÑA no contaba aún con una oferta contractual concreta.

El Tribunal, recogiendo las alegaciones de TELEFÓNICA S.A., no considera que se haya acreditado el carácter abusivo de esta conducta debido a que el servicio de instalación y mantenimiento de módems en cuya provisión por TELEFÓNICA DE ESPAÑA pudiera haber existido un trato discriminado a favor de TELEFÓNICA DATA no resultaba esencial, es decir, no constituía un factor necesario para que los operadores compitieran con TELEFÓNICA DATA. Los operadores podían utilizar sus propios conocimientos para realizar este servicio o contratarlo en fuentes alternativas que podían prestarlo sin que TELEFÓNICA DE ESPAÑA tuviera, al respecto, ni conocimientos exclusivos ni ventaja comparativa alguna.

7. La posición de dominio en sus respectivos mercados de las filiales del Grupo Telefónica, su facultad para adoptar una misma línea de acción en el mercado y actuar con independencia de los demás competidores y de los consumidores, así como su pertenencia al 100% a Telefónica S.A., empresa que las controla y cuyo comportamiento está determinado por ésta, permite concluir que existe una posición de dominio de Telefónica S.A. en materia de redes y servicios porteadores de voz y datos. (ver HP 1).

Telefónica S.A. era concedora tanto de las normas de competencia que establecen para los operadores dominantes una especial responsabilidad en el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados que dominan, como del respeto al principio de neutralidad frente a los operadores de redes y servicios de telecomunicación que el Ministerio de Fomento le exigía en el artículo 6 de su Orden de 26 de marzo de 1999.

En este caso, la neutralidad encontraba su piedra de toque en el hecho de que uno de los operadores frente a los que debía ser mantenida pertenecía al Grupo Telefónica. Resultaba necesario que en esta primera ocasión en que se abría el bucle del abonado a la competencia, aunque sólo de forma indirecta, Telefónica S.A. respetara escrupulosamente esta neutralidad y la hiciera respetar a las empresas de su Grupo.

No existe justificación objetiva para que Telefónica de España transmitiera con anticipación a Telefónica Data información sobre las pruebas necesarias para establecer la conexión ni para que en el contrato *Megavía ADSL* se incluyesen cláusulas que, apartándose de lo establecido por la Orden ADSL, podían favorecer a Telefónica Data en detrimento de sus competidores. Con estas conductas Telefónica de

España no asumió la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante.

La tantas veces alegada *proactividad* de Telefónica DATA contrasta con la falta de diligencia del Grupo Telefónica para dar acceso a todos los competidores en condiciones idénticas y para redactar sus contratos sin cláusulas equívocas.

Ante la evidencia de los hechos, el Tribunal no puede estimar las repetidas alegaciones de Telefónica S.A. sobre la motivación de estas conductas y, en particular, sobre la inadecuación de la estrategia del *primer movimiento* al mercado afectado.

Sin embargo, acoge, como también hizo el Servicio al proponer que se tuviera en cuenta a la hora de imponer una sanción, la alegación de que las citadas conductas no tuvieron efecto alguno en el mercado y que la evolución del desigual crecimiento del mercado que se muestra en el HP 7 se produjo fundamentalmente por la inactividad de los competidores de Telefónica Data, con absoluta independencia de tales comportamientos.

8. En la sección segunda del Capítulo I, del Título I, LDC se regulan las sanciones que puede imponer el Tribunal, distinguiendo entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las primeras, el artículo 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

En lo referente a las multas sancionadoras, el artículo 10 LDC, en relación con el art. 46.2 de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros, en el art. 6 LDC. Asimismo, determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. Según dicho art. 10, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta su modalidad y alcance, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto sobre competidores y consumidores, su duración y su reiteración.

Teniendo en cuenta dichos criterios, el Tribunal considera que el abuso de posición dominante constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado pues reducen aún más la competencia en aquellos mercados en los que ya es muy limitada precisamente por poder de mercado de la empresa dominante.

Las conductas examinadas tuvieron una corta duración pero fueron realizadas en el momento crítico del lanzamiento de una nueva actividad.

La dimensión del mercado afectado sólo podría estimarse en términos potenciales, a la vista de la evolución posterior.

Como se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, no ha podido acreditarse efecto alguno de estas conductas en el mercado y, probablemente, la conducta de las empresas competidoras de TELEFÓNICA DATA hubiera sido la misma aunque no se hubieran producido tales conductas.

Por último, se aprecia reiteración en la realización de conductas abusivas por parte de Telefónica S.A. El Tribunal ha declarado con anterioridad conductas abusivas de Telefónica S.A. en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas con injustificada lesión para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público; en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos), confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España S.A. y se impone a Telefónica una multa de 124 millones de pesetas; en la Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA) en la que se declara abusivo aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, situando a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica y se impone a Telefónica una multa de 580 millones de pesetas; en la Resolución de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97

Airtel-Telefónica) en la que se declara la conducta abusiva de dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel S.A. y se impone una multa de 610 millones de pesetas a Telefónica Servicios Móviles (filial de Telefónica al 100%) y de 150 millones de pesetas a Telefónica de España; en la Resolución de 27 de julio de 1999 (Expte. 394/97 Telefónica-Ibertex), en la que se declara abusiva la modificación del contrato con Ibertex y se impone a Telefónica S.A. una multa de 20 millones de pesetas y, por último, en la Resolución de 8 de marzo de 2000 (Expte. 394/97 Retevisión Telefónica) en la que se declara la conducta abusiva de Telefónica S.A. al obstaculizar el acceso al mercado de su primer competidor en telefonía básica y se impone una multa de 1.400 millones de pesetas.

Tomando en consideración todo lo anterior, el Tribunal debe declarar la existencia de conductas prohibidas por el artículo 6 LDC, ordenar a Telefónica S.A. que se abstenga de realizar estas conductas en el futuro e imponerle la multa de 900.000 euros.

9. El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de Telefónica S.A. y establecer una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

- Primero.-** Declarar acreditado que Telefónica S.A. al privilegiar temporalmente el acceso indirecto de su filial Telefónica Data al bucle local y al incluir en el contrato del servicio *Megavía ADSL* cláusulas contrarias a la normativa vigente que podían injustificadamente inducir a que los clientes prefiriesen este servicio al prestado por sus competidores en el mercado de servicios de acceso a Internet, ha abusado de su posición

dominante, infringiendo el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- Imponer a Telefónica S.A. como autora de estas conductas prohibidas la multa de novecientos mil euros.

Tercero.- Intimar a Telefónica S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

Cuarto.- Ordenar a Telefónica S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto.- Telefónica S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo y cuarto.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.