

Id Cendoj: 28079230062005100723
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 380 / 2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta de junio de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 380/02 seguido a instancia de "**Telefónica SA**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Alfaro Matos, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 29 de abril de 2002, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

1º Declarar acreditado que **Telefónica SA** 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 .

2º Imponer a **Telefónica SA** como autora de estas conductas prohibidas la multa de novecientos mil euros

3º Intimar a **Telefónica SA** a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

4º Ordenar a **Telefónica SA** 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 mismo 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.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada, una vez delimitado el

mercado de referencia como el de servicios de acceso a Internet a través de las telecomunicaciones, los siguientes:

1) La regulación inicial para el establecimiento en España de la tecnología ADSL figura en las OOMM de Fomento de 26 de marzo de 1999, nº 8181 y 8182. En la nº 8182 (Orden ADSL) se establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle del abonado de la red **telefónica** fija, y es la normativa básica que regulaba las condiciones en las que los operadores dominantes de red3es públicas **telefónicas** fijas debían proveer el acceso al bucle del abonado incorporando tecnologías de Línea de Abonado Digital Asimétricas (ADSL).

2) El art. 6 de la Orden ADSL, imponía al operador dominante (**Telefónica** de España SA), 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".

3) Por Resolución del Secretario General de Comunicaciones de 9 de julio de 1999 fue aprobado el contrato-tipo para la provisión por **Telefónica** de España del servicio de acceso indirecto al bucle del abonado.

4) En junio de 1999 **Telefónica** de España y **Telefónica** Data inician contactos para comenzar las pruebas preparatorias del lanzamiento del servicio y el 8 de junio de 1999 se realizan las primeras peticiones de interconexión a los Puntos de Acceso Indirecto al Bucle de Abonado de Madrid y Barcelona. Las primeras fechas de alta del servicio Gig ADSL fueron los días 15 de junio en Barcelona y 22 en Madrid. Se facturaron 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.

5) Mediante carta con fecha de salida 16 de julio de 1999 **Telefónica** se pone en contacto con los potenciales operadores autorizados distintos de **Telefónica** Data anunciando el próximo lanzamiento del servicio. Se realizaron presentaciones individuales y desde mediados de julio a septiembre se estableció un período de pruebas del servicio a operadores autorizados, con efectividad del contrato a partir del 15 de septiembre.

6) En el contrato de **Telefónica** Data del servicio de Megavía ADSL que estuvo vigente hasta junio de 2000 contenías las siguientes cláusulas:

a) 4. Equipamientos: para la utilización del servicio Megavía ADSL es necesario: 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"

b) 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.

c) 7. Derechos y obligaciones de las partes: 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 ñas 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 DADSL (Splitter y equipos adaptadores ADSL), propiedad de **Telefónica** Data.

7) **Telefónica** de España lanza, además, un servicio de instalación y mantenimiento de Modem ADSL y servicios logísticos que incluyen almacenaje, control de entrega y de calidad de los mismos. Este servicio fue puesto en conocimiento de los operadores autorizados el 24 de noviembre de 1999, aunque hay constancia de la oferta de este servicio por **Telefónica** desde el 21 de septiembre.

SEGUNDO:.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, tras describir la relación profesional existente entre las distintas personas que intervienen en el mercado afectado, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Inexistencia de conducta antijurídica. Inexistencia de infracción del *art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* :

A) Respecto al hecho de haber privilegiado temporalmente el acceso indirecto de su filial **Telefónica Data** al bucle local:

a) La Orden ADSL contiene la suficiente información como para que cualquier operador autorizado para la prestación de los servicios conociera las características técnicas de los interfaces de los puntos de acceso indirecto al bucle de abonado y las demarcaciones y centrales locales en las que tal acceso indirecto estaría disponible durante el año 1999 y el plan de cobertura de la red pública **telefónica** fija de "**Telefónica SA**".

b) Los operadores autorizados estaban en condiciones de solicitar sus puntos de acceso indirecto desde la publicación de la Orden, y eso fue lo que hizo **Telefónica Data**, que no se aprovechó de ninguna ventaja anticompetitiva y realmente inició su actividad en las mismas fechas que sus competidores.

c) Las presentaciones individualizadas realizadas a algunos operadores autorizados no es algo que la recurrente estuviera obligada a realizar, no se trataba de una información nueva y desconocida para ellos. Fueron operaciones realizadas voluntariamente por la recurrente en beneficio propio y de la eficiencia del mercado, sin que aportaran nada nuevo a lo dicho en las Ordenes mencionadas. Subraya que los únicos interesados en retrasar su propia entrada en el mercado son los competidores de **Telefónica** .

B) Respecto de la inclusión de cláusulas anticompetitivas en los contratos del servicio Megavía ADSL.

No quedó acreditada la existencia de un abuso de posición de dominio por la recurrente ya que no se transmitió la idea de que **Telefónica Data** era suministradora e instaladora de los filtros separadores con entidad suficiente para restringir la competencia.

2) Infracción del principio de presunción de inocencia: Inexistencia de prueba de cargo para acreditar la existencia de abuso de posición de dominio.

3) Infracción del principio de proporcionalidad: No se han ponderado las circunstancias concurrentes, y se ha aplicado indebidamente la agravante de reiteración ya que las sanciones previamente impuestas han sido recurridas e incluso alguna anulada. Se le impone una sanción en el grado máximo ordinario sin justificación y sin valorar el concreto alcance efectivo de la conducta desarrollada. Tampoco se ha acreditado la dimensión del mercado afectado, y la duración de la conducta en nada agrava la conducta el hecho de ésta se desarrollara en el momento de lanzamiento de la actividad ya que no se ha acreditado que hayan casado un efecto perjudicial en el mercado.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión, tras remitirse a la fundamentación de la resolución recurrida, se alegó lo siguiente:

1) Sobre el hecho de haberse privilegiado temporalmente el acceso indirecto de **Telefónica Data** al bucle local:

a) En la Orden ADSL no existe 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 de la apertura del bucle local, ni indicio alguno de que la solicitud de PAIs fuera el primer paso para realizar tales pruebas.

b) Hace una específica referencia al hecho de la incertidumbre tecnológica y al carácter novedoso de la instalación, así como al hecho de que la instalación esencial (acceso al bucle de abonados) es monopolio de **Telefónica** de España y que **Telefónica Data** pertenece al mismo grupo.

c) Subraya que en el *art. 11* de la Orden ADSL no se contenía toda la información necesaria para poder comenzar a prestar el servicio, pues se remite al contrato-tipo que fue aprobado un mes después de que **Telefónica Data** realizara su primera solicitud de conexión.

d) Las presentaciones individuales eran relevantes, ya que explican aspectos esenciales no contenidos en la Orden ADSL, como las fases de despliegue, contratación, y provisión acceso indirecto al

bucle local

e) Destaca que la Orden ADSL ordena de forma imperativa a los operadores dominantes de proveer el acceso (*art. 1, 2, 6*).

f) Califica de muy significativo el mes de ventaja disfrutado por **Telefónica** Data, y las circunstancias en que éste se desarrolla. Invoca la STJCE Hofmann La Roche, e incide en el trato diferenciado que debe darse a empresas que tienen responsabilidades esenciales, en relación a las reglas de competencia.

2) Sobre la inclusión de determinadas cláusulas: se remite a las mismas para dejar evidencia de la posición de dominio que suponían para la recurrente.

3) Sobre la alegada infracción del derecho a la presunción de inocencia señala que, ha existido prueba de cargo suficiente como se desprende del examen del expediente y de la resolución impugnada.

4) También recuerda que la resolución impugnada está perfectamente motivada, como se desprende de su lectura, sin que tampoco se aprecie infracción del principio de proporcionalidad, ya que se han respetado los parámetros del *art. 10.1 de la LDC* .

CUARTO:.- Tras la práctica de la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:.- Señalado el día 7 de junio de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución del Pleno del TDC por la que se impuso a la recurrente una sanción de multa como consecuencia de 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, conductas que se calificaron como de abuso de posición dominante con infracción del *artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia* .

SEGUNDO: No podemos compartir las alegaciones de la recurrente en orden a exculpar su responsabilidad como consecuencia de la comisión de los hechos declarados probados, asumiendo en esencia los razonamientos expuestos por el TDC en su resolución. En efecto, en relación a la primera de las conductas imputadas, resulta de singular importancia la lectura del punto 5 de la fundamentación jurídica de la resolución del TDC, en términos que son plenamente compartidos por este Tribunal. Del conjunto de los argumentos plasmados en dicho apartado destacamos como esencial el relativo a los términos en los que está redactada la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de marzo de 1999, nº 8182 (Orden ADSL), pues en la misma, contrariamente a lo que se afirma en la demanda, se imponen al operador dominante una serie de obligaciones tendientes a facilitar el acceso a otros operadores al bucle de abonados, que se relacionan en el mismo, subrayando que en todo caso deberá respetarse el principio de neutralidad frente a quienes requieran el acceso. También que de la simple lectura de la Orden no se desprende la fecha a partir de la que **Telefónica** estaba en disposición de realizar las pruebas para comprobar la compatibilidad de sus medios con los de **Telefónica** en orden a la apertura indirecta del bucle local, y tampoco podía deducirse que la solicitud del PAIBAs fuera el primer paso para la realización de dichas pruebas, por lo que el trato dado a su filial **Telefónica** Data resulta contrario a las reglas de la libre competencia en los términos expresados de abuso de posición de dominio, siendo relevante que el *art. 11* de la Orden ADSL remite al contrato tipo la regulación de las relaciones entre los operadores dominantes y los autorizados y dicho contrato fue aprobado un mes después de que **Telefónica** Data realizara su primera solicitud de conexión.

TERCERO: Tampoco puede prosperar el alegato de la recurrente en relación con la segunda de las imputaciones que se realizan en la resolución impugnada y nuevamente en este punto debemos remitirnos a la misma resolución, pues expresa con claridad plena la entidad de lo ocurrido y pone de manifiesto que según las cláusulas de los contratos objeto de examen, **Telefónica** Data aparece ante el usuario como propietaria del splitter y lo instalará y mantendrá, lo que supone además de una infracción de la Orden

ADSL, otra de las reglas de la libre competencia ya que esta cualidad supone un a importante ventaja competitiva frente a los demás competidores que, de acuerdo con la Orden ADSL especificaban la doble intervención, del operador autorizado y de **Telefónica** como propietaria del splitter. No puede entenderse infringido el principio de presunción de inocencia, pues de acuerdo con la jurisprudencia del TC (STC 102/1994) ha existido por parte de la Administración prueba de cargo suficiente para fundar la imposición de la sanción, siendo la más evidente la aportación de los contratos cuya existencia ha sido expresamente reconocida por la recurrente.

CUARTO: Finalmente y en lo que respecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, debemos concluir de acuerdo con la resolución del TDC que el mismo ha sido correctamente aplicado. En primer lugar, no se ha impuesto la multa en su grado máximo, ya que éste, según el *art. 10 de la LDC* sería el 10% del volumen de ventas, por lo que los 150 millones de pesetas a que alude dicho *precepto no operan como límite máximo sino referencia de una primera* escala sancionatoria. No obstante para la imposición de dicha cuantía el TDC ponderó los distintos factores tener en cuenta de acuerdo con una consolidada doctrina del TJCE (British Suggar), y así valoró la gravedad de la conducta (abuso de posición de dominio que califica como de las más graves que pueden producirse en el mercado), el período de duración que aunque corto se corresponde con el momento del lanzamiento de una nueva actividad lo que agrava notoriamente la conducta del sancionado. Finalmente también aprecia reiteración en la conducta ya que el TDC había condenado anteriormente a **Telefónica** por abuso de posición de dominio, por lo que en estas circunstancias no estimamos que la imposición de una sanción de 900.00 € sea desproporcionada.

QUINTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.