II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 18 de diciembre de 1996

relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España

(El texto en lengua española es el único auténtico)

(97/181/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el apartado 3 de su artículo 90,

Después de haber ofrecido a las autoridades españolas, mediante carta de 23 de abril de 1996, y a la empresa Telefónica de España SA, mediante carta de 30 de mayo de 1996 la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista con respecto a las objeciones formuladas por la Comisión en relación con el pago inicial impuesto a Airtel Móvil SA,

Considerando lo que sigue:

HECHOS

Medida estatal

(1) El Gobierno español impuso un pago inicial como condición para obtener la segunda concesión para el establecimiento y explotación en el territorio español de una red de prestación del servicio público de radiotelefonía móvil de comunicación mediante el sistema paneuropeo de tecnología digital GSM (sistema global de comunicaciones móviles) («servicio GSM»).

Esta obligación estaba prevista en el apartado 4 de la Base 9 y en la Base 16 del pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación aprobado por Orden Ministerial de 26 de septiembre de 1994 [1]. Esta obligación no se aplicó al operador público, Telefónica de España SA («Telefónica de España»).

La empresa y los servicios considerados

(2) Telefónica de España es una empresa pública española a los esfectos del artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas [2].

El Gobierno español tiene una influencia decisiva sobre Telefónica de España por tres razones:

i) el Estado español es el mayor accionista de Telefónica de España. Cuando la Comisión abrió el presente procedimiento, al Estado español le correspondía el 31,8 % del capital social. Actualmente conserva el 21,16 % del capital social. El resto del capital está repartido entre unos 300 000 accionistas;

ii) el Gobierno español tiene derecho a designar un representante con derecho de veto sobre los acuerdos del consejo de administración de Telefónica de España. Este puesto desaparecerá a partir del 1 de enero de 1998 de acuerdo con lo establecido en el apartado 9 del artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/1996 de 7 de junio de 1996 [3];

[1] BOE nº 231 de 27. 9. 1994, p. 29 778.
[2] DO nº L 195 de 29. 7. 1980, p. 35.
[3] BOE nº 139 de 8. 6. 1996, p. 18 975.

iii) en virtud del Contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España, de 26 de diciembre de 1991 (1) (Contrato-Programa), el Gobierno español tiene derecho a nombrar al 25 % de los miembros del consejo de administración de Telefónica de España. Como consecuencia de ello, y debido a que el Estado español es el principal accionista de la compañía, el Gobierno español ha designado a 18 de los 25 miembros del consejo de administración actual, incluido su presidente.

Las acciones de Telefónica de España cotizan en las Bolsas españolas, así como en las de Nueva York, Londres, Francfort y Tokio. En términos de cifras de negocios, Telefónica de España facturó 1 740 557 millones de pesetas españolas en 1995, con unos beneficios de 133 200 millones de pesetas españolas. Estos datos sitúan a Telefónica de España entre los diez operadores de telecomunicaciones más importantes del mundo. Telefónica de España posee una plantilla de 69 570 trabajadores y más de 16 millones de abonados.

Telefónica de España es, por tanto, una empresa pública, o una empresa a la cual el Estado miembro concede derechos especiales o exclusivos como los contemplados en el apartado 1 del artículo 90 del Tratado.

(3) Telefónica de España presta servicios «portadores», «finales» y de «valor añadido» dentro del territorio español en virtud de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987 de 18 de diciembre de 1987 (2) («LOT») y del Contrato-Programa. Telefónica de España ha sido el proveedor en régimen de monopolio de algunos servicios [como el de telefónica vocal definido en el artículo 1 de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (3)], mientras que en otros servicios existe ya una competencia limitada (como en los servicios GSM). Sa han concedido también a Telefónica de España derechos especiales junto con el Ente Público Retevisión («Retevisión») y el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, ambas empresas públicas, para suministrar capacidad de transmisión para servicios de telecomunicaciones.

El monopolio de telefonía vocal y el oligopolio de las correspondientes infraestructuras fueron formalmente abolidos mediante el Real Decreto-Ley 6/1996 de 7 de junio de 1996. El Gobierno español está facultado para conceder licencias a nuevos operadores nacionales o regionales. Retevisión transferirá sus activos a una nueva entidad que ha sido autorizada para prestar todos los servicios de telecomunicaciones y que deberá privatizar el 80 % de su capital en el marco de una licitación restringida. Sin embargo, no se espera que la nueva entidad sea operativa hasta mediados de 1997.

De acuerdo con la LOT y el Contrato-Programa, Telefónica de España ha podido prestar servicios GSM sin haber tenido que tomar parte en ningún procedimiento de licitación, tal y como se describe en mayor detalle en el considerando 7. Telefónica de España ha sido autorizada por el Gobierno español a transferir su licencia para la prestación de servicios telefónicos móviles —analógicos y GSM— a Telefónica Servicios Móviles SA («Telefónica Servicios Móviles»), filial al 100 % de Telefónica de España. Todas las referencias en la presente Decisión se consideran hechas a Telefónica de España, pues la licencia para operar servicios de radiotelefonía GSM fue concedida inicialmente a esta campañía.

(4) La telefonía móvil digital celular, que responde a la norma GSM, es un servicio desarrollado recientemente en Europa que permite a los abonados efectuar y recibir llamadas desde cualquier punto de la Comunidad y de algunos otros países europeos. El sistema, basado en la utilización de la tecnología digital, un código y una tarjeta SIM («subscriber identity module»), ofrece más posibilidades que los servicios de radiotelefonía más tradicionales, que están basados en una tecnología analógica. La tecnología digital, además de ser de superior calidad, permite transmitir datos a alta velocidad, dispone de un sistema de codificación que garantiza un mayor grado de confidencialidad y permite un uso más eficiente de las frecuencias que los sistemas analógicos. Por otro lado, el sistema GSM se basa en normas comunitarias comunes en el marco de bandas de frecuencias aprobadas a nivel comunitario y, al contrario que los sistemas analógicos, que a menudo son incompatibles de un Estado miembro a otro, está concebido para convertirse en uno de los servicios paneuropeos cuya promoción, de conformidad con la Recomendación 87/371/CEE del Consejo (4), constituye uno de los objetivos principales de la política de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones. Por último, cabe señalar que el naciente mercado de los servicios GSM es particularmente dinámico: algunos estudios revelan que el número de usuarios registrados en Europa occidental podría pasar de algo más de 1 millón en 1993 a cerca de 15 o 20 millones en el año 2000 (5).

(5) El Consejo adoptó la Directiva 87/372/CEE, de 25 de junio de 1987, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (6), que reserva las bandas de frecuencias de 890 915 Mhz y

(1) BOE nº 20 de 23. 1. 1992, p. 2 132.
(2) BOE nº 303 de 19. 12. 1987, modificada, en particular, por la Ley 32/1992 de 3 de diciembre de 1992.
(3) DO nº L 192 de 24. 7. 1990, p. 10.
(4) DO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 81.
(5) «Scenario Mobile Communications up to 2010-study on forecast developments and future trends in technical deveplopments and commercial provision up to the year 2010». EUTELIS Consult, octubre de 1993.
(6) DO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 85.

de 935 960 Mhz para la introducción del sistema común de radiotelefonía móvil digital GSM. La existencia de estas bandas de frecuencias comunes permite la presencia de varios operadores competidores. La oferta comercial del servicio GSM en la Comunidad se inició a finales de 1992; desde entonces, todos los Estados miembros, excepto Luxemburgo, han concedido licencias a dos operadores. Luxemburgo ha anunciado que seguirá el mismo camino. Suecia ha concedido tres licencias GSM.

La Conferencia Europea de las Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), que agrupa a las autoridades reglamentarias nacionales de 36 países (entre ellos España), ha recomendado que se fomente activamente la competencia entre operadores de servicios GSM y se supriman las barreras reglamentarias que la limitan [1].

(6) Alemania, Grecia, Francia, los Países Bajos y el Reino Unido han concedido o decidido conceder a un tercer operador la autorización para explotar servicios de radiotelefonía digital celular sobre una gama de frecuencias más elevada, conforme a las especificaciones DCS 1800. De conformidad con el artículo 2 de la Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales [2], los Estados miembros deben conceder licencias para operar sistemas móviles de acuerdo con la norma DCS 1800 a más tardar el 1 de enero de 1998. Además, los Estados miembros no podrán limitar la combinación de tecnologías o sistemas móviles y, en todo caso, deben garantizar la existencia de una competencia efectiva entre los distintos operadores que compitan en los mercados pertinentes.

Antecedentes

(7) De acuerdo con la Ley 32/1992, de 3 de diciembre de 1992, de modificación de la LOT, el mercado para la prestación de servicios GSM fue liberalizado a partir del 31 de diciembre de 1993. De ahí que la prestación de servicios GSM dejó de tener la consideración de servicio «final» para el cual se pueden otorgar derechos especiales o exclusivos. Los servicios GSM fueron considerados a partir de entonces como servicios de «valor añadido» cuya explotación se había de realizar en condiciones de competencia.

En aplicación de esta modificación de la LOT, el Gobierno español aprobó el Real Decreto 1486/1994 de 1 de julio de 1994 [3] («el Real Decreto») por el que se aprobó el Reglamento técnico para la prestación del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de telefonía móvil automática («el Reglamento técnico»). El artículo 2 del Reglamento técnico (anexo al Real Decreto) establece que los servicios GSM se prestarán en condiciones de competencia. Además, el artículo 4 del Reglamento técnico establece que los servicios GSM serán prestados por Telefónica de España y por un competidor licenciatario. Por último, la Disposición transitoria primera del Reglamento técnico establece el procedimiento por el que Telefónica de España obtiene una licencia sin tener que someterse a un procedimiento de licitación.

El citado Real Decreto no prevé expresamente un pago inicial para la obtención de una licencia GSM. Sin embargo, la letra a) del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento técnico establece que uno de los factores que deben tenerse en cuenta para la adjudicación de la licencia a un segundo operador será «la maximización de las aportaciones financieras».

(8) Mediante Orden Ministerial de 26 septiembre de 1994 [4], el Gobierno español aprobó el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación (pliego de cláusulas) y convocó el concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio GSM. La concesión del segundo operador era de quince años, prorrogables otros cinco años más. Los otros criterios del concurso se enumeraban en dicho pliego.

Las Bases 9 y 16 del pliego de cláusulas prevén una aportación mínima al Tesoro Público de 50 095 millones de pesetas españolas. También se da alguna indicación sobre el peso que se iba a atribuir a las diferentes condiciones del concurso. La consecuencia de la aplicación del último párrafo de la Base 16 era que aquellas propuestas inferiores a los 500 000 millones de pesetas españolas quedarían automáticamente eliminadas.

Por Orden Ministerial de 29 de diciembre de 1994 [5] el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente adjudicó la concesión de segundo operador a Airtel Móvil SA («Airtel Móvil») (en aquel momento denominado «Alianza Internacional de Redes Telefónicas SA»), y ello a pesar de que su oferta de aportación económica, que ascendió a 85 000 millones de pesetas españolas, resultó inferior a la oferta presentada por el otro licitador (89 000 millones).

[1] «Review of the requirements for the future Harmonization of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services,» CEPT/ECTRA (92) 57, p. 17.
[2] DO nº L 20 de 26. 1. 1996, p. 59.
[3] BOE nº 168 de 15. 7. 1994, p. 22 672.
[4] BOE nº L 231 de 27. 9. 1994, p. 29 779.
[5] BOE nº 4 de 5. 1. 1995, p. 464.

De conformidad con la Base 9 del pliego de cláusulas, Airtel Móvil tuvo que desembolsar el pago integro de la aportación en el mismo momento de formalizarse la concesión con la firma, el 3 de febrero de 1995, del contrato de concesión. En ese mismo día, Telefónica de España obtuvo su correspondiente licencia GSM, mediante la transformación del título habilitante, sin tener que realizar pago alguno.

(9) Mediante carta de 6 de febrero de 1995, la Comisión expresó sus dudas sobre el procedimiento seguido para la designación del segundo operador al imponérsele condiciones menos favorables que a Telefónica de España.

En su carta de 20 de abril de 1995 el Gobierno español respondió a la Comisión señalando que las circunstancias en las que se había acordado la concesión compensarían el pago inicial efectuado por Airtel Móvil.

El 1 de julio de 1995, Telefónica de España comenzó la explotación comercial de su servicio GSM.

Mediante carta de 18 de julio de 1995, la Comisión solicitó del Gobierno español aclaraciones sobre el derecho a utilizar redes alternativas de telecomunicaciones, sobre el derecho a la interconexión directa a través de circuitos arrendados y sobre la metodología que sería utilizada para revisar las tarifas de interconexión con la red fija. Dichas aclaraciones eran necesarias para que la Comisión pudiera valorar si estos factores constituían una ventaja para el segundo operador que pudieran compensar la desventaja competitiva resultante del pago inicial impuesto al segundo operador.

El 3 de octubre de 1995, Airtel Móvil comenzó a operar.

Mediante carta de 27 de noviembre de 1995, el Gobierno español respondió a la Comisión que el segundo operador podía establecer su propia infraestructura, y que como alternativa a la red de telefónica de España podía utilizarse las infraestructuras de Retevisión y de Correos y Telégrafos; que el Gobierno no había recibido ninguna petición de interconexión directa y que la cuestión de la reducción de tarifas sería examinada en 1996.

Durante la reunión de 16 de enero de 1996 entre el Gobierno español y la Comisión, las autoridades españolas señalaron que era imposible imponer el pago de una carga similar (85 000 millones de pesetas españolas) a Telefónica de España para restablecer el desequilibrio entre Telefónica de España y el segundo operador. Las autoridades españolas consideraron, además, que una solución podría consistir en la reducción de las tarifas de interconexión durante los quince años de duración de la concesión. Esta reducción se aplicaría tanto a Telefónica de España como al segundo operador. También indicaron que, a partir de septiembre de 1996, habría una reducción del 25 % de dichas tarifas.

La Comisión se reafirmó en el hecho de que esta propuesta no alteraba el desequilibrio existente entre ambos operadores.

El 23 de abril de 1996, la Comisión emplazó formalmente al Gobierno español para que:

i) o bien reembolsara el pago inicial al segundo operador o adoptara otras medidas compensatorias,

ii) o bien presentara sus comentarios sobre los argumentos de la Comisión.

En su carta de 30 de mayo de 1996 a Telefónica de España, la Comisión adjuntó una copia de la carta de emplazamiento al Gobierno español de 23 de abril de 1996 al mismo tiempo que solicitaba a aquélla que presentara sus observaciones sobre la misma.

En una reunión celebrada el 28 de abril de 1996 entre el Gobierno español y la Comisión, el Gobierno español sugirió que el desequilibrio entre Telefónica de España y el segundo operador podría corregirse mediante la transferencia por parte de Telefónica de España del coste del proyecto TRAC («Tecnología rural de acceso celular») a su filial de telefonía móvil, Telefónica Servicios Móviles. Para la prestación de este servicio, Telefónica de España aplica a los clientes que se encuentran en zonas poco accesibles y escasamente pobladas tarifas correspondientes a la telefonía fija, para conexiones a la red telefónica fija que utilizan la infraestructura y la tecnología móvil analógicas. La Comisión estudió esta propuesta y mediante cartas de 29 de abril y 10 de mayo de 1996 solicitó información adicional necesaria para valorarla. No habiendo recibido respuesta a ninguna de las dos cartas, la Comisión envió otra carta con fecha de 3 de junio de 1996. En su carta de 7 de junio de 1996, el Gobierno español proporcionó parte de la información solicitada. Sin embargo, la respuesta no contenía suficientes datos sobre el coste real para Telefónica Servicios Móviles del sistema TRAC. Por lo tanto, la Comisión no pudo valorar hasta qué punto esta propuesta podría restablecer el equilibrio entre los dos operadores GSM.

Durante la reunión celebrada el 9 de julio de 1996 con el Gobierno español, la Comisión hizo hincapié en el hecho de que esta cuestión no había sido resuelta y que el Gobierno español debía

proponer una nueva solución. Hasta la fecha, la Comisión no ha recibido respuesta alguna a su carta de 23 de abril de 1996, tampoco se ha recibido comentario alguno a dicha carta por parte de telefónica de España ni se han recibido nuevas propuestas por parte del Gobierno español.

APRECIACIÓN DE LA COMISIÓN

Apartado 1 del artículo 90 del Tratado

(10) El apartado 1 del artículo 90 establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las relativas a la competencia.

Telefónica de España es una empresa pública a la que se han concedido derechos exclusivos para explotar la red fija de telecomunicaciones y ofrecer servicios de telefonía vocal y de radiotelefonía móvil analógica. El Contrato-Programa concede también a Telefónica de España el derecho a explotar una red de radiotelefonía móvil GSM, derecho que debe considerarse especial, puesto que este operador no fue designado con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.

La imposición de un pago inicial al segundo operador constituye una medida estatal de conformidad con el apartado 1 del artículo 90.

Artículo 86 del Tratado

Mercado de referencia

(11) El mercado de referencia lo constituyen los servicios de radiotelefonía móvil digital celular. Conviene dinstinguirlo del mercado de la telefonía vocal y del mercado de los otros servicios de telecomunicaciones móviles.

(12) La Comisión ha definido el mercado de la telefonía vocal en su Directiva 90/388/CEE. Esta Directiva establece una distinción entre «los servicios que consistan, en todo o en parte, en la transmisión y encaminamiento de señales a través de la red pública de telecomunicaciones» y los servicios de radiotelefonía móvil, que no entran en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

(13) Tal y como se define en la mencionada Directiva, la telefonía vocal es el principal servicio prestado en la red pública fija, es decir, entre terminales concretas de esa red. Las terminales se definen como «el conjunto de conexiones físicas y de especificaciones técnicas de acceso». En las comunicaciones móviles, la terminal se sitúa en el interfaz radioeléctrico entre la estación base de la red móvil y la estación móvil, lo que implica que no existe una terminal física. Por lo tanto, no puede aplicarse a los servicios de telefonía móvil la definición del servicio de telefónia vocal establecida en el artículo 1 de la citada Directiva.

(14) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [1], para considerar su pertenencia a un mercado suficientemente distinto, un producto debe poder individualizarse por características específicas que lo diferencien de los demás hasta el punto de que sea escasamente sustituible por aquéllos y no entre en competencia con los mismos más que de forma residual.

En la práctica, es evidente que la radiotelefonía móvil y la telefonía a partir de la red fija no son intercambiables de manera significativa: los usuarios que suscriben un abono para instalar un teléfono en su automóvil o para un aparato portátil no suelen renunciar al abono que en su día suscribieron para el teléfono de su domicilio o lugar de trabajo. La radiotelefonía móvil constituye, pues, un servicio nuevo, suplementario pero no substitutivo del teléfono tradicional. Tal falta de sustituibilidad se ve también reflejada en una considerable diferencia de precios.

Es cierto que, con el tiempo, una mayor difusión de la radiotelefonía móvil podría conducir a un sistema único de telecomunicaciones que englobase una serie de mercados que hoy son distintos. Pero las condiciones de aplicación del artículo 86 deben evaluarse en función de la demanda actual, y no de la evolución que pueda producirse en un futuro indeterminado.

(15) Visto que, por las razones aducidas, ha de considerarse que la radiotelefonía móvil no pertenece al mercado de la telefonía vocal que se ofrece a partir de la red fija, queda por determinar si y en qué medida está justificado distinguir los servicios de radiotelefonía móvil celular basada en la norma GSM, objeto de la presente Decisión (denominados en España por Telefónica de España «Movistar») de los servicios de radiotelefonía celular analógica (denominados en España por Telefónica de España «Moviline»).

A este respecto, la Comisión observa que la radiotelefonía móvil celular GSM no sólo constituye una evolución técnica de la radiotelefonía celular analógica, de creación anterior. Además de las ventajas que supone el sistema GSM en cuanto a calidad de reproducción de la voz o de mejor aprovechamiento del espectro disponible (que permite

[1] Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands contra Comisión, Rec. 1978, p. 207.

ampliar significativamente el número de usuarios para una misma atribución de frecuencia), este servicio ofrece nuevas funciones que responden a las necesidades de solamente una parte de los usuarios de la radiotelefonía móvil:

i) basado en una norma comunitaria, el servicio GSM puede extenderse a escala paneuropea, siempre que los operadores de red suscriban los necesarios acuerdos de itinerancia. Dichos acuerdos permiten a los usuarios efectuar llamadas con su aparato no sólo dentro del territorio nacional del operador con el que han subscrito su abono, sino también en cualquier punto del territorio de los miembros de la Declaración de Intenciones sobre el GSM («GSM Memorandum of Understanding»), en Europa y otras partes del mundo. Algunos usuarios que, por razones profesionales, sólo utilizan los servicios de radiotelefonía móvil dentro del territorio nacional, o en un ámbito regional concreto, pueden no estar interesados en esta nueva función. Por el contrario, para otros puede ser uno de los motivos que les inclinen a abonarse;

ii) además del transporte de la voz, el servicio GSM permite le transmisión de grandes cantidades de datos. Esta función responde a necesidades específicas de sólo una parte de la clientela real o potencial de los servicios de radiotelefonía móvil;

iii) la codificación digital de los mensajes contribuye a que el sistema ofrezca un grado de confidencialidad muy superior al del sistema analógico, ventaja que también interesa sólo a una parte de los usuarios (especialmente a los clientes comerciales); y

iv) la tecnología digital permite ofrecer una gama de servicios avanzados de telecomunicación que una red analógica no puede ofrecer (o sólo a un coste considerablemente superior). Dicha gama incluye servicios más perfeccionados de identificación de la persona que realiza la llamada, buzón de voz (incuyendo el servicio de mensajes cortos, «SMS») y seguridad en la comunicación.

Por lo tanto, la mera sustitución de la radiotelefonía analógica por el sistema GSM no está prevista a corto plazo. Por el contrario, lo más probable es que, a pesar de que se está produciendo un trasvase de la clientela de un servicio al otro, los dos sistemas continúen coexistiendo aún durante varios años [1], respondiendo a necesidades en buena medida diferentes. Además, incluso en países en los que el sistema GSM es plenamente operativo, algunos operadores siguen invirtiendo en la red analógica. Todos estos factores permiten establecer la distinción entre el mercado GSM y el mercado analógico.

(16) Partiendo de las consideraciones anteriores, en las condiciones actuales y teniendo en cuenta las posibilidades de evolución del mercado, ha de considerarse más que probable que los servicios de radiotelefonía GSM constituyan también un mercado distinto del de la radiotelefonía analógica.

Sea como fuere, las conclusiones de la apreciación jurídica no diferirían si la radiotelefonía analógica y el GSM sólo constituyeran dos segmentos del mismo mercado. Como se verá más adelante (considerando 21) ello sólo implicaría una ligera variación en la formulación de la primera hipótesis de abuso.

(17) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este mercado, que abarca el conjunto del territorio español, es una parte sustancial del mercado común.

Posición dominante

(18) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa que disponga de un monopolio legal para la prestación de determinados servicios puede ocupar una posición dominante a los efectos del artículo 86 [2]. Este es el caso de telefónica de España y de su filial, Telefónica Servicios Móviles, quienes hasta hace poco tiempo eran las únicas empresas que legalmente podían ofrecer al público la red de telecomunicaciones, la telefonía vocal y la radiotelefonía analógica en España. Estos son, por tanto, los tres mercados en los que disfrutan de una posición dominante. Como se ha señalado anteriormente, la reciente autorización otorgada a Retevisión para operar en el mercado de la telefonía vocal y las infraestructuras correspondientes no producirá durante cierto tiempo un efecto significativo en la cuota de mercado que ostenta Telefónica de España.

Abuso de posición dominante

(19) El Tribunal de Justicia ha declarado que «un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos [3]».

Tal igualdad de oportunidades es especialmente importante tratándose de nuevos operadores que intentan introducirse en un mercado en el que se está estableciendo un operador dominante en otro mercado afín, como ocurre en el caso de telefónica de España y su filial Telefónica Servicios Móviles.

[1] Orden Ministerial de 13 de marzo de 1995 (BOE nº 101 de 28. 4. 1995, p. 12 573).

[2] Sentencia de 3 de octubre de 1985, en el asunto C-311/84, Centre belge d'études de marché Telemarketing (CBEM) contra Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA e Information publicité Benelux SA, Rec. 1985, p. 3270.

[3] Véase la sentencia de 19 de marzo de 1991, en el asunto C-202/88, Francia contra Comisión, Rec. 1991, p. I-1223, punto 51.

(20) Telefónica de España cuenta con varias ventajas importantes para adquirir una posición dominante en el mercado de la radiotelefonía GSM:

i) una ventaja inicial: comenzó a construir su red antes que el segundo operador y puede, por lo tanto, ofrecer un servicio GSM con una mejor cobertura geográfica. Además comenzó a prestar servicio el 1 de julio de 1995, mientras que el segundo operador inició su actividad el 3 de octubre de 1995;

ii) clientes potenciales: el servicio de radiotelefonía analógica de Telefónica de España, Moviline, tenía 1 235 690 abonados en octubre de 1996 y está consiguiendo del orden de 10 000 a 20 000 nuevos abonados cada mes. Los abonados actuales de Moviline pueden ser considerados como clientes potenciales de Movistar, el servicio GSM;

iii) una red de distribución ya existente: la red es conocida del público, ya que Telefónica de España, puede comercializar su servicio GSM a través de sus distribuidores Moviline;

iv) información específica: gracias a su experiancia con Moviline, Telefónica de España dispone de información específica sobre los hábitos de los abonados españoles en cuestión de llamadas, tanto por grupos de usuarios como por regiones. Además, como disfruta de una posición dominante en el suministro de conexiones fijas para las redes GSM, seguirá obteniendo importante información sobre los flujos de tráfico. En realidad no existe actualmente otra alternativa real para el segundo operador que no sea la utilización de la red de Telefónica de España;

v) economías de escala en materia de infraestructuras: Telefónica de España era, hasta junio de 1996, la única autorizada para explotar servicios de telefonía fija y es todavía el único operador activo en dicho mercado, Telefónica de España era también, hasta el 3 de octubre de 1995, el único operador de telefonía móvil. Como resultado de esto, Telefónica de España ha dispuesto de emplazamientos y antenas para establecer su red GSM a los que no puede acceder su competidor. Por otra parte, ciertas Comunidades Autónomas subvencionan el desarrollo de la red analógica en las zonas insuficientemente cubiertas por la red fija de Telefónica (mediante el proyecto TRAC).

En cambio, el segundo operador, como se ha descripto antes, está operando en condiciones más onerosas que Telefónica de España como resultado del pago inicial anteriormente mencionado.

Si Telefónica de España extendiera su posición dominante en el mercado de la telefonía alámbrica o de la telefonía móvil analógica al mercado de la radiotelefonía GSM aumentando los costes de su rival (por ejemplo, al exigir una tarifa de interconexión que no esté justificada por los costes de interconexión), infringiría el artículo 86. El mismo análisis se podría aplicar si existiera un único mercado para todos los servicios de radiotelefonía móvil y Telefónica de España fortaleciera su posición en este mercado de la misma forma.

(21) En virtud del apartado 1 del artículo 90, España debe abstenerse de adoptar aquellas medidas que, al aumentar los costes de acceso del único competidor de una empresa pública en un mercado recientemente abierto a la competencia, como es del GSM en España, falseen substancialmente dicha competencia. Ante la carga financiera adicional impuesta a su único competidor, Telefónica de España está en condiciones de optar por dos estrategias comerciales, cada una de las cuales supondrá una vulneración del apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 86. Estas estrategias comerciales son: o bien i) extender o fortalecer su posición dominante, o bien ii) limitar la producción, los mercados o el progreso técnico con arreglo a la letra b) del artículo 86.

i) Extensión [1] o reforzamiento de la posición dominante de la empresa pública

El pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas efectuado por el segundo operador en el mercado tendrá forzosamente que amortizarse con los ingresos que obtenga. En consecuencia, el segundo operador tendrá problemas para competir con el primero mediante tarifas más bajas. El primer operador, Telefónica de España, que no tuvo que realizar el mismo pago y que, además, conoce la estructura de costes del segundo operador merced a su posición dominante en el mercado de las infraestructuras, podría aspirar a extender su actual posición dominante en el mercado de las infraestructuras y en el de la radiotelefonía analógica al mercado de la radiotelefonía GSM, mediante una rebaja de las tarifas. Si sólo existiera un mercado para los servicios de radiotelefonía, en vez de una extensión del mismo, se daría un fortalecimiento de la posición dominante de Telefónica de España en este mercado.

Además, Telefónica de España podría utilizar su ahorro de 85 000 millones de pesetas españolas para extender su red de distribución, fijar precios agresivos en los servicios GSM, donde se enfrenta a la competencia del segundo operador, realizar ofertas especiales a abonados potenciales y/o

[1] Véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1992, en los asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90 Reino de España, Reino de Bélgica y República Italiana contra Comisión, Rec. 1992, p. I-5833, punto 36.

llevar a cabo, por ejemplo, intensas campañas de publicidad. La elección de esta estrategia (inducida por la medida estatal) podría poner en peligro la viabilidad económica del segundo operador.

En conclusión, Telefónica de España se encuentra en una posición que le permite extender o fortalecer su posición dominante debido a la ventaja competitiva que le proporciona la distorsión de la estructura de costes que resulta del pago inicial, lo que convierte a la medida estatal en una medida contraria al artículo 90 en relación con el artículo 86.

ii) Limitación de la producción, de los mercados o del progreso técnico con arreglo a la letra b) del artículo 86

La necesidad de financiar los 85 000 millones de pesetas españolas retrasará también las inversiones del nuevo operador, quien deberá destinar una parte de su capital inicial para hacer frente al pago inicial, por lo que no podrán efectuar las inversiones apropiadas para el desarrollo de su red ni realizar rebajas de tarifas. En efecto, Airtel Móvil tuvo que aumentar su capital en 40 000 millones de pesetas españolas en febrero de 1996 para poder proseguir su plan de inversiones.

Tal hecho podría incitar a Telefónica de España a retrasar igualmente el desarrollo de su red de radiotelefonía GSM y a consagrar sus esfuerzos al sistema analógico Moviline. En efecto, este último servicio resulta más interesante, puesto que lo esencial de las inversiones está ya amortizado y además ofrece una mejor cobertura.

La inversión inicial para establecer una red GSM en España alcanza la cifra de 250 000 millones de pesetas españolas. El pago inicial, sumado a la inversión inicial, incrementa, por lo tanto, la necesidad de financiación del segundo operador en más de un tercio. El hecho de que los candidatos a la segunda concesión fueran conscientes de que en el futuro se produciría un falseamiento de la competencia en favor de Telefónica en el mercado GSM en España no es óbice para que exista un desequilibrio. Las empresas que deseaban entrar en el mercado no tenían más alternativa que tener en cuenta esa desventaja en su plan de negocios.

De acuerdo con esta segunda hipótesis, Telefónica de España, que como ya se ha mencionado conoce la estructura de costes del segundo operador gracias a su posición dominante en el mercando de las infraestructuras, podría verse inclinada a mantener las tarifas de su servicio GSM a un nivel más elevado de lo que estarían en ausencia de la medida estatal. Se limitarían así la producción, el mercado o el desarrollo técnico en el sentido de lo dispuesto en la letra b) del artículo 86, en lo que al GSM se refiere, ya que este servicio incorpora una tecnología más avanzada, en beneficio del servicio analógico, más antiguo. Con ello se frenaría, además, la evolución hacia las comunicaciones personales que combinan redes móviles y fijas, que sólo podrá lograrse si las tarifas de las comunicaciones móviles bajan substancialmente.

El que Telefónica de España esté en condiciones de comportarse de esta forma es consecuencia del hecho de que, por un parte, disfrute de una posición favorable debido a su monopolio sobre el sistema Moviline, y haya obtenido al mismo tiempo suficientes bandas de frecuencias para continuar prestando este servicio, y de que, por otra parte, el Gobierno español haya penalizado económicamente a la única empresa autorizada para competir en los servisios GSM. La ralentización de la difusión de los servicios GSM y la consiguiente limitación del progreso técnico en perjuicio de los consumidores estarían causadas por la medida estatal en cuestión, esto es, por la imposición del pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas solamente al segundo operador.

La Comisión ha realizado un análisis similar en un asunto que implicaba un pago inicial en Italia. La Comisión, después de haber exigido sin resultados medidas correctoras, adoptó, en virtud del apartado 3 del artículo 90, la Decisión 95/489/CE [1] dirigida a Italia. La Comisión ha sido informada desde entonces de que las medidas correctoras han sido ya adoptadas, o están en trámite de serlo.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [2], el apartado 1 del artículo 90 prohíbe a los Estados miembros adoptar medidas que puedan inducir a una empresa a infringir las disposiciones a que se refiere, especialmente, en el caso que nos ocupa, las del artículo 86.

En conclusión, en cualquiera de las dos hipótesis, la medida estatal es contraria al apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86.

[1] DO nº L 280 de 23. 11. 1995, p. 49.

[2] Véase la sentencia de 23 de abril de 1991, en el asunto C-41/90, Höffner contra Macroton, Rec. 1991, p. I-1979, así como las sentencias de 18 de junio de 1991, en el asunto C-260/89, RPT Dimotiki Etatría Pliropsórisis y otros, Rec. 1991, p. I-2925, y la de 5 de octubre de 1994, en el asunto C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle contra Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Rec. 1994, p. I-5077.

(22) Sólo será responsable un Estado miembro con arreglo al artículo 86 y al apartado 1 del artículo 90 cuando el comportamiento de la empresa de que se trate pueda afectar al comercio entre Estados miembros. En el presente caso el comercio entre Estados miembros se ve afectado por las razones siguientes.

Cualquier extensión o fortalecimiento de la posición dominante de Telefónica de España, así como cualquier limitación de la producción, de los mercados o del progreso técnico en relación con los servicios GSM, puede retrasar el proceso de reducción progresiva de tarifas de la telefonía GSM. De hecho, en ausencia del pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas impuesto al segundo operador, la competencia en materia de precios habría sido mas fuerte desde el comienzo de la comercialización de los servicios GSM en España, por lo que las tarifas GSM habrían bajado más rapidamente.

— Al no bajar las tarifas GSM tan deprisa como lo podrían haber hecho en ausencia de la medida estatal en cuestión, los residentes en otros Estados miembros están mucho menos dispuestos a abonarse a operadores españoles, como alternativa a otros operadores nacionales o extranjeros. A modo de ejemplo, una empresa o una persona establecidas en Francia no se sentirán inclinadas a adquirir una tarjeta «SIM» española y a realizar llamadas utilizando la tarjeta mediante acuerdos de itinerancia entre operadores, ya que las tarifas españolas no son tan bajas como podrían haber sido si el segundo operador hubiera podido utilizar los 85 000 millones de pesetas españolas del pago inicial para reducir sus tarifas.

— Cualquier retraso en el proceso de reducción progresiva de tarifas provocaría el consiguiente retraso en el desarrollo de servicios de telefonía móvil, tales como la mejora en los términos y condiciones de abono y de los servicios técnicos más avanzados descritos anteriormente. Esto desanimaría la realización de nuevas inversiones en los mercados de servicios de telecomunicaciones españoles por parte de aquellas empresas establecidas en otros Estados miembros, en los que existe competencia efectiva y donde han surgido nuevos servicios.

— En general, cualquier retraso en el proceso de reducción progresiva de tarifas puede reducir el nivel de tráfico telefónico internacional desde España. Empresas y personas con gran necesidad de telecomunicaciones móviles se abonarán a operadores extranjeros o usarán servicios de rellamada («call back») para beneficiarse de las tarifas más bajas de otros Estados miembros.

— Cualquier limitación de la producción, de los mercados o del progreso técnico de conformidad con la letra b) del artículo 86 puede reducir el nivel de importaciones de equipo técnico procedentes de otros Estados miembros necesario para ser utilizado en el mercado de la telefonía móvil y para desarrollar una efectiva y eficiente infraestructura.

Respuesta de las autoridades españolas

(23) El Gobierno español ha realizado las siguientes aclaraciones a la Comisión:

— en el marco de la concesión que otorgó el Gobierno español a Telefónica de España en 1991, ésta obtiene automáticamente una concesión GSM sin tener que efectuar pago alguno. Por lo tanto, el Gobierno español no puede imponer un pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas a Telefónica de España. Además, el Gobierno español sostuvo, rechazando al mismo tiempo el principio de compensación, que el pago inicial previsto era de 50 095 millones de pesetas españolas y no de 85 000 millones. El Gobierno mantuvo que Airtel Móvil había aumentado voluntariamente la cantidad original de 50 095 millones a 85 000 millones de pesetas españolas. El pago mínimo inicial impuesto por la Ley era de 50 095 millones de pesetas españolas y esta era la cifra que debería tenerse en cuenta;

— el Gobierno español consideró que una posible solución podría consistir en la reducción en las tarifas de interconexión durante los quince años de duración de la licencia;

— por último, el Gobierno español propuso también transferir a Telefónica Servicios Móviles el coste del proyecto TRAC.

Apreciación de la Comisión

(24) Si bien es cierto que el segundo operador ofreció una aportación inicial de 85 000 millones de pesetas españolas, la Comisión no está de acuerdo con el argumento de que el pago inicial era voluntario, desde el momento en que este era uno de los criterios de selección [1] previstos en el pliego de cláusulas para la selección del segundo operador. Cada uno de los participantes tenía necesariamente que proponer la suma más elevada que su plan de negocios permitiera, y ello con el fin de tener la

[1] Sentencia de 26 de abril de 1994, en el asunto C-272/91, Comisión contra Italia, Rec. 1994, p. I-1409, punto 11.

oportunidad de obtener la concesión. Únicamente se dieron algunas indicaciones sobre la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de selección. La indicación más clara fue la que se refería al pago mínimo inicial. El pago inicial era, por tanto, uno de los criterios de selección de acuerdo con el pliego de cláusulas y éste debía hacerse efectivo el mismo día en que se otorgase la concesión. Por ello, la exigencia de pago inicial constituye claramente una medida estatal.

El procedimiento establecido por el Gobierno español para seleccionar el segundo operador GSM no constituyó una licitación propiamente dicha. En efecto, el procedimiento de selección en España fue un procedimiento híbrido, que combinó características de subasta y de comparación de oferta. Uno de los elementos de evaluación era la cantidad mínima inicial que el participante se comprometía a pagar en caso de obtener la segundo concesión, pero resultó difícil saber qué criterios eran los esenciales. El hecho de que la concesión fuese otorgada en ausencia de indicaciones claras implica que cualquiera de ellos podía haber sido considerado importante.

(25) La Comisión no acepta que la reducción de las tarifas de interconexión propuesta por el Gobierno español restablezca la situación de igualdad, ya que el Gobierno español rechazó tener en cuenta una reducción asimétrica de tarifas en favor sólo del segundo operador.

(26) La solución propuesta por el Gobierno español consistente en que el coste del proyecto TRAC compensaría el pago inicial realizado por el segundo operador no puede ser aceptada en las presentes circunstancias.

Aparte de que la información proporcionada por las autoridades españolas no permite evaluar correctamente el impacto real de dichas inversiones, y de que no se puede asegurar que esta solución sea algo más que una pura operación contable, esta solución no puede ser aceptada en este momento porque la prestación de un servicio universal por parte de Telefónica de España, incluyendo las zonas alejadas, está compensada, en las actuales circunstancias, por los derechos especiales y exclusivos otorgados a Telefónica de España. Además, Telefónica de España se ha beneficiado de subvenciones públicas, incluyendo las ayudas Feder, para el establecimiento del sistema TRAC.

(27) La Comisión considera en el presente caso que la obligación del pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas impuesta solamente al segundo operador español es incompatible con el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86.

(28) El objeto del presente procedimiento es obligar al Gobierno español a adoptar las medidas necesarias para eliminar la situación de distorsión de la competencia; la más obvia consistiría en el reembolso del pago efectuado por Airtel Móvil.

Si el Gobierno español así lo solicita, la Comisión estaría dispuesta a examinar si la infracción podría ser reparada adoptando otras medidas correctoras, siempre que las mismas compensaran adecuadamente la desventaja sufrida por el segundo operador.

El Gobierno español debería, por tanto, presentar propuestas sobrre esta cuestión. El Gobierno español debería, en cualquier caso, proporcionar cifras con respecto a estas propuestas que indiquen claramente que compensan el pago inicial de 85 000 millones de pesetas españolas realizado por el segundo operador.

Sin embargo, la imposición a Telefónica Servicios Móviles de un pago idéntico no constituiría una medida compensatoria adecuada en las actuales circunstancias, y, en particular, teniendo en cuenta que no existe un sistema de contabilidad separada que permita asegurar que la carga derivada de dicho pago sería atribuida exclusivamente a Movistar.

(29) Algunas medidas correctoras han sido ya mencionadas durante conversaciones bilaterales con el Gobierno español:

i) garantizar a Airtel Móvil el acceso a la base de datos de clientes de Telefónica de España, TACS 900, sin perjuicio de la confidencialidad de los datos personales;

ii) revisión asimétrica de las condiciones de las tarifas de interconexión con la red telefónica conmutada de Telefónica de España;

iii) acceso no discriminatorio para Telefónica Servicios Móviles GSM y para Airtel Móvil al mismo número de frecuencias GSM, incluyendo la acelaración de la liberación de las frecuencias GSM actualmente utilizadas por Telefónica de España para sus servicios analógicos;

iv) extender, en las mismas condiciones en las que se ha concedido al servicio de televisión por cable, la duración de la concesión de Airtel Móvil.

La revocación de la concesión ya otorgada a Airtel Móvil no puede considerarse bajo ninguna circunstancia como una medida apropiada para remediar la infracción. Ello supondría eliminar al único competidor existente en el mercado GSM de Telefónica Servicios Móviles, y la posición monopolística que ostentaría Telefónica de España, tanto en

telefonía analógica como en servicios GSM durante el período necesario para que se procediera a una nueva licitación, haría aún más difícil la competencia debido a la ventaja temporal adicional así otorgada.

Apartado 2 del artículo 90

(30) El apartado 2 del artículo 90 del Tratado establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas sobre competencia, en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El Gobierno español no ha invocado esta disposición para justificar el pago inicial impuesto al segundo operador.

La Comisión considera que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado no es de aplicación en el presente caso, ya que no hay elementos que permitan concluir que el pago inicial esté justificado por el cumplimiento de hecho o de derecho de un servicio de interés económico general.

CONCLUSIÓN

(31) Habida cuenta de las consideraciones expuestas, la Comisión concluye que la desventaja competitiva resultante del pago inicial impuesto únicamente al segundo operador para obtener una concesión para explotar una red GSM en España constituye una infracción del apartado 1 del artículo 90 en combinación con el artículo 86,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

España adoptará las medidas necesarias para eliminar la distorsión de la competencia resultante del pago inicial impuesto a la empresa Airtel Móvil SA y para garantizar la igualdad de condiciones entre los operadores de radiotelefonía móvil GSM en el mercado español a más tardar el 24 de abril de 1997 mediante:

i) el reembolso del pago inicial impuesto a Airtel Móvil SA, o

ii) la adopción, previo acuerdo de la Comisión, de medidas correctoras equivalentes, en términos económicos, a la obligación impuesta al segundo operador GSM.

Las medidas concretas que se adopten no deberán afectar de forma negativa a la competencia que resulta de la autorización, del 29 de diciembre de 1994, de un segundo operador GSM.

Artículo 2

España informará a la Comisión, dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente Decisión, acerca de las medidas que hubiere adoptado en cumplimiento de la misma.

Artículo 3

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

Hecho en Bruselas, el 18 de diciembre de 1996.

Por la Comisión

Karel VAN MIERT

Miembro de la Comisión