

RESOLUCIÓN (Expte. 413/97 Airtel/Telefónica)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 26 de febrero de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Rubí Navarrete, ha dictado la presente Resolución en el expediente 413/97 (1332/96 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por D. Carlos López Blanco, en representación de la sociedad AIRTEL MOVIL S.A. (AIRTEL) contra las compañías TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (TELEFONICA), TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. (MOVILES, TSM) y TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A. (TELYCO) por presuntas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 12 de enero de 1996 D. Carlos López Blanco, en nombre y representación de AIRTEL, presentó denuncia ante el Servicio contra TELEFONICA, TSM y TELYCO por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC.

La denuncia hace referencia a los privilegios normativos (concesión en exclusiva del servicio de telefonía móvil analógico y acceso directo, sin acudir a concurso público, de la licencia de telefonía móvil digital -GSM;- con exención del pago de la aportación financiera mínima de 50.095.000.000 pts.) y a las ventajas competitivas (explotación del servicio GSM 3 meses antes de que AIRTEL iniciara sus actividades, amplia cartera de clientes potenciales, disposición de una red de distribución implantada, "know-how" sobre costumbres y preferencias de los usuarios

y economías de escala en materia de infraestructuras para la prestación del servicio de telefonía móvil), e imputa las conductas contrarias a la LDC que a continuación se describen sintéticamente:

- El abuso de posición de dominio por la conclusión de contratos de distribución exclusiva con los distribuidores del servicio de telefonía móvil analógico, el ofrecimiento de primas de fidelidad en dichos contratos, la introducción de una nueva comisión por cartera, la celebración de un contrato con TELYCO que permite a través de esta última empresa la formación de "Grupos de distribución" para que los distribuidores puedan beneficiarse de la retribución por volumen, la realización de publicidad conjunta de los servicios de telefonía móvil analógica (MOVILINE) y digital (MOVISTAR), la existencia de subvenciones cruzadas entre las actividades monopolizadas y la explotación del servicio de telefonía móvil digital, la realización de nuevas inversiones en la telefonía móvil analógica y la intervención indirecta de TELEFONICA en la elaboración de la O.M. de 26.9.1994 -ya que varios miembros de su Consejo de Administración formaban parte del órgano administrativo que la aprobó-, consiguiendo que no se le exigiera aportación económica al Tesoro Público.
- La infracción del artículo 7 LDC por no haber separado los activos destinados a la prestación del servicio GSM del resto de los activos de la compañía, no haber cedido TELEFONICA a TSM los activos adscritos a la actividad de telefonía móvil digital, no llevar la contabilidad separada de los servicios de telefonía móvil analógica y digital apoyando financieramente el coste de explotación de este último con recursos procedentes de la actividad monopolizada y realizar nuevas inversiones en telefonía móvil analógica infringiendo, en los supuestos referidos, el Real Decreto 1486/1994.

En el mismo escrito solicitaba la adopción de medidas cautelares.

2. El Servicio, por Providencia de 29 de enero de 1996, acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador contra TELEFONICA y sus filiales TSM y TELYCO, notificándoselo a las partes.
3. El Servicio, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 37 LDC practicó los actos de instrucción que estimó necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades. Asimismo realizó numerosos requerimientos de información a las mismas siendo declarada confidencial parte de la documentación aportada la cual, de conformidad con el artículo 53 LDC,

obra en pieza separada.

A lo largo de la instrucción las partes formularon alegaciones y aportaron los documentos que estimaron oportunos para la defensa de sus intereses.

4. Con fecha 20 de junio de 1996 el Servicio propuso al Tribunal la adopción de las siguientes medidas cautelares:

"A) De las propuestas por AIRTEL

- 1ª . Que por parte de MOVILES se retirase el compromiso de exclusividad en los contratos de distribución de la modalidad MOVISTAR y, una vez retirado tal compromiso, se suprimieran las diferencias en el sistema de remuneración (comisiones, primas, etc.) establecidas entre los contratos de exclusividad y el resto de contratos de distribución.
- 2ª . Que MOVILES comunicase de manera fehaciente a todos sus distribuidores actuales o futuros la libertad que tiene de poder ser al mismo tiempo distribuidores AIRTEL y de las modalidades analógica y digital bajo las marcas MOVILINE y MOVISTAR.
- 3ª . Que por parte de TELEFONICA, MOVILES y TELYCO se cesase en la difusión de la publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR que hasta el momento de la propuesta se venía realizando.

B) De oficio

- 1ª . Que por parte de TELEFONICA, MOVILES y TELYCO se incorporasen a la publicidad que se realizase en los sucesivos las referencias necesarias que permitiesen distinguir el servicio monopolizado de aquél que se encuentra en la actualidad liberalizado y en competencia con AIRTEL.
- 2ª . Que por parte de TELEFONICA se cesase en el uso de los números 004 y 022 para la distribución del servicio de telefonía móvil digital MOVISTAR, ya que éstos son los asignados privativamente a sus Oficinas comerciales."

El Tribunal, por Resolución de 18 de julio de 1996 (Expte. MC 10/96 AIRTEL- TELEFONICA) acordó estimar parcialmente la petición de

medidas cautelares, adoptando las siguientes:

- "1. Ordenar a Telefónica de España S.A. el cese inmediato en el uso de los números 004 y 022 para la distribución del servicio de telefonía móvil digital que se distingue por la marca MOVISTAR, así como para cualquier cuestión o información relacionada con el citado servicio y su contratación.
 2. Ordenar a Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. el cese en la difusión de cualquier publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR, no pudiendo contener la publicidad que realicen por separado ninguna referencia mutua."
5. Con fecha 27 de septiembre de 1996, el Servicio propuso la adopción de nuevas medidas cautelares consistentes en:
- "1ª . Que, durante seis meses, por parte de MOVILES no se introdujese ni se pusiese en práctica ninguna modificación en las modalidades de contratos que se encontraban vigentes el día 15 de julio de 1996.
 - 2ª . Que MOVILES comunicase de manera fehaciente a todos los distribuidores existentes el día 15 de julio de 1996 la imposibilidad de introducir cláusulas de exclusividad en cualquiera de las modalidades contractuales que utilicen o pretendan utilizar para la distribución de los Servicios MOVISTAR y MOVILINE.
 - 3ª . Que, para el caso de acordarse las anteriores medidas, se obligase a MOVILES a dar la máxima difusión pública al contenido de la Resolución que se dictara por el Tribunal de Defensa de la Competencia."

Las medidas propuestas fueron denegadas por el Tribunal, mediante Resolución de 16 de diciembre de 1996 (Expte. MC 14/96. AIRTEL-TELEFONICA 2).

6. El 19 de febrero de 1997, el Servicio formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), en el que se incluían los siguientes Hechos Acreditados:

"Primero.- MOVILES (filial al 100% de TELEFONICA) es concesionaria para la prestación del servicio de telefonía móvil automática prestado mediante tecnología digital (GSM) a que se refiere la Disposición adicional octava de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT).

Segundo.- MOVILES resultó adjudicataria de la concesión mediante la cesión que a su favor hizo TELEFONICA que era hasta ese momento la titular del servicio en virtud de lo dispuesto en la Orden de fecha 30 de marzo de 1995 del MOPTMA. La citada cesión fue autorizada mediante Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA.

Tercero.- MOVILES fue autorizada a iniciar la prestación del servicio de telefonía móvil digital (GSM) mediante Orden de 25 de julio de 1995 del MOPTMA.

Cuarto.- MOVILES es al mismo tiempo la compañía operadora encargada de la prestación del servicio monopolizado de telefonía móvil automática prestado mediante tecnología analógica, ya que éste le fue transferido de TELEFONICA mediante orden de 3 de noviembre de 1995 del MOPTMA y efectividad desde el 15 de diciembre de 1995.

Quinto.- MOVILES, para la contratación de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marca MOVILINE para la modalidad analógica -450 Mhz y 900 Mhz- y marca MOVISTAR para la modalidad digital), utilizaba una red de distribución formada, en la fecha de la presentación de la denuncia, por:

- A) Agentes exclusivos remunerados mediante la percepción de comisiones (CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVISTAR CON RELACION DE EXCLUSIVIDAD).
- B) Agentes no exclusivos remunerados mediante la percepción de comisiones (CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVISTAR). En la actualidad están suscritos con cadenas de electrodomésticos, grandes superficies y almacenes y establecimientos diversos.
- C) Agentes cuasi-exclusivos remunerados mediante la percepción de comisiones (CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVISTAR PARA LA GRAN DISTRIBUCION).

Dicho contrato incluye, entre otras, la cláusula 1.7. que contiene el compromiso de cuasi exclusividad.

- D) Agentes no exclusivos remunerados mediante la percepción de comisiones (CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVILINE). En la actualidad suscritos con cadenas de electrodomésticos, grandes superficies y almacenes y establecimientos diversos.
- E) Agentes remunerados mediante la percepción de comisiones (CONTRATO DE ADHESION TELYCO).

TELYCO (filial al 100% de TELEFONICA) tiene firmado con MOVILES:

- Un CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVISTAR CON RELACION DE EXCLUSIVIDAD.

Dicho contrato es idéntico al citado en la letra a) con excepción de las cuantías del Apoyo comercial y los porcentajes de la Comisión por cartera.

- Un CONTRATO DE DISTRIBUCION DEL SERVICIO MOVILINE.

- F) El total de Oficinas comerciales de TELEFONICA y los números telefónicos asignados a las mismas 004 y 022 (Contratos de distribución de los servicios MOVILINE y MOVISTAR).

Los agentes o distribuidores realizan su actividad en los denominados puntos de venta y disponen de la posibilidad de utilizar subagentes y subdistribuidores respectivamente.

Sexto.- A partir del mes de julio de 1996 MOVILES ha puesto en práctica la conclusión de nuevos acuerdos, con los que ampliar aún más su actual extensa red de distribución, y que está constituida por Agentes que modifican su estatus de no-exclusividad por el de exclusividad tanto del Servicio MOVISTAR como del MOVILINE.

Dichos Agentes exclusivos están vinculados mediante el correspondiente contrato con:

- a) Distribuidores exclusivos de los Servicios MOVISTAR y MOVILINE.
- b) Distribuidores no exclusivos del Servicio MOVILINE.

Los nuevos contratos establecen el carácter retroactivo de las nuevas condiciones económicas para aquéllos que ya eran integrantes de la red de distribución, mejorando con ello el importe de sus comisiones.

Séptimo.- MOVILES, en escritura notarial de fecha 13 de diciembre de 1995, realizó la separación y transferencia de los activos de TELEFONICA, asignando bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil.

La referida escritura figura debidamente inscrita en el Registro Mercantil con fecha 11 de enero de 1996.

Octavo.- MOVILES tiene suscritos contratos onerosos con TELEFONICA de:

- arrendamiento de circuitos para la prestación del servicio de telefonía móvil automática, en sus modalidades analógica y GSM.
- uso de bienes y propiedades inmobiliarias.
- acuerdo general de interconexión.
- distribución del servicio MOVILINE.
- distribución del servicio MOVISTAR.

En relación con los acuerdos de interconexión esta Dirección General se ha expresado ya en los siguientes términos:

"En el momento de evaluar los costes de interconexión de Telefónica Servicios Móviles con la red fija de su matriz Telefónica de España, para entrar en negociaciones con Airtel respecto de los precios de conexión, el problema siempre ha sido el mismo: "Telefónica Servicios Móviles desconoce los costes de interconexión de su servicio digital Movistar al no tener todavía separado el coste de interconexión de su servicio analógico Moviline". En la Orden de 3 de noviembre de 1995 por la que se otorga a Telefónica Servicios Móviles el título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil automática analógica, en el punto cuarto se establece que: "Telefónica Servicios Móviles deberá mantener contabilidades separadas entre los servicios analógicos en las bandas 900 y 450 Mhz y el servicio GSM".

Noveno.- No obstante la asignación de bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil, MOVILES, mediante la vinculación de los servicios analógico y digital y la transferencia de activos y recursos entre los servicios de telefonía móvil en sus dos modalidades analógica y digital, ha realizado:

- A) publicidad conjunta de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marca MOVILINE para la modalidad analógica y marca MOVISTAR para la modalidad digital), beneficiándose de la imagen con la que cuenta como única empresa autorizada a prestar el servicio analógico, y sufragando los gastos publicitarios del nuevo servicio con los recursos obtenidos en su actividad monopolística.
- 1) Campañas "Oficinas comerciales" (folios 636 y 637 y 1158 y 1159) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido mediante Orden de 3 de noviembre de 1995 y en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había, aún, suscrito ningún contrato (2 de febrero de 1996) para la distribución de la telefonía móvil a través de dichas oficinas.
 - 2) Campaña "Oficinas comerciales" (folios 638 a 642) que, además, abarca un período de tiempo en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había suscrito el citado contrato de distribución.
 - 3) Campaña "Oficinas comerciales" (folios 638 a 645) que, además, abarca un período de tiempo en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había suscrito el citado contrato de distribución.
 - 4) Campaña "Oficinas comerciales" (folios 646 y 647) que, además, asigna su coste a TELEFONICA y no a MOVILES.
 - 5) Campaña "Promoción en la factura telefónica" (folios 648 y 649) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES prestaba el servicio en competencia MOVISTAR, ya que éste le fue cedido mediante Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA y se asignaba su coste a TELEFONICA y no a MOVILES.

- 6) Campaña "Dual" (folios 1128 y 1129) que, además, abarca tanto un período de tiempo en el que MOVILES prestaba el servicio en competencia MOVISTAR, ya que éste le fue cedido mediante Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA como un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido mediante Orden de 3 de noviembre de 1995.
- 7) Campaña "Inserciones Especiales" (folios 1130 a 1133).
- 8) Campaña "Navidad 95" (folios 1189 a 1203) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido mediante Orden de 3 de noviembre de 1995.
- 9) Campaña "Oficinas comerciales -Puente y Navidad" (folios 1206 a 1210).
- 10) Campaña "Felicitación Año Nuevo" (folios 1212 y 1213).
- 11) Campaña "Revistas Hoteleras" (folios 1215 a 1217).
- 12) Campaña "M. Robles y P. Domingo" (folios 1235 a 1237)
- 13) Campaña "Oficinas comerciales" (folios 1232 a 1234).
- 14) Campaña "1.000.000 de clientes" (folios 1238 a 1240).
- 15) Campaña "Expert/tien 21" (folios 1241 y 1242).
- 16) Campaña "Con nosotros se puede hablar" (folios 1252 a 1255).
- 17) Campaña "Patrocinio Guía del Buen Vivir-El País" (folios 1259 y 1260).
- 18) Campaña "Desplazamientos-Semana Santa" (folios 1264 a 1266).
- 19) Campaña "Mancomunada Páginas Amarillas" (folios 1279 y 1280).
- 20) Campañas "Below the Line" (folios 1310 y 1311, 1318 a

1321, 1445 y 1446 y 1458 a 1460).

- 21) Evento "ANCADES" (folio 1465) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido mediante Orden de 3 de noviembre de 1995).

* Dicha publicidad conjunta, llevada a cabo desde julio de 1995, cesó a raíz de la Resolución del TDC de fecha 18 de julio de 1996 por la que se ordenaba, con carácter cautelar, a TELEFONICA, TELEFONICA MOVILES y TELYCO el cese en la difusión de cualquier publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR, no pudiendo contener la publicidad que realicen por separado ninguna referencia mutua.

B) publicidad del servicio MOVISTAR.

- 1) Campaña "Aeropuertos" (folios 1124 a 1127) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES contaba con la prestación del servicio en competencia MOVISTAR, ya que éste le fue cedido mediante Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA.

C) inversiones en los servicios de telefonía móvil para su modalidad analógica (TMA-900, banda de frecuencias que seguirá explotando hasta el 1 de enero del año 2001) que no estarían justificadas con criterios de un "inversionista independiente".

En relación con dichas inversiones esta Dirección General ya se ha expresado en los siguientes términos:

"Tanto el Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telefonía móvil automática como en la Orden de 3 de noviembre de 1995 por la que se autoriza a Telefónica de España a transmitir totalmente a su compañía filial, Telefónica Servicios Móviles, el título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil analógica, se establece que "la telefonía móvil automática analógica en la banda 900 Mhz se extinguirá progresivamente al considerarse prioritaria la disposición de frecuencias para el servicio GSM, dadas sus ventajas tecnológicas y de servicio, debiéndose producir, en consecuencia, la liberalización progresiva de las frecuencias correspondientes a la telefonía móvil automática analógica en la banda de 900 Mhz hasta la extinción del servicio, conforme a las

necesidades que de dichas frecuencias se planteen para el servicio GSM antes del 1 de enero del año 2007, fecha en la que se producirá la extinción del correspondiente título habilitante de telefónica de Servicios Móviles.

- Sin embargo, aunque claramente la legislación nacional trata el sistema analógico como una tecnología que está finalizando su ciclo frente a la tecnología digital, TELEFONICA SERVICIOS MOVILES no sólo no está disminuyendo sus inversiones en estas redes sino que desde 1995 las ha incrementado considerablemente. De tal forma que su cartera de clientes ha experimentado un aumento de más de un 50 por ciento. La consecuencia lógica es la disminución de los clientes potenciales de los sistemas digitales y la ocupación de frecuencias que deberían ser destinadas a los servicios GSM."

Bajo la rúbrica "VALORACION JURIDICA", el Servicio estimaba que "del contenido de los hechos expuestos se desprende la existencia de:

- A) una práctica restrictiva de la competencia por parte de TELEFONICA MOVILES consistente en la celebración de los acuerdos con cláusulas de exclusividad que impiden a los distribuidores comercializar los servicios de telefonía móvil digital AIRTEL, estableciendo condiciones de remuneración (comisiones, primas, etc.) mucho más favorables que para el resto de contratos de distribución con el objeto de dificultar la red de comercialización de AIRTEL. Se obstaculiza así la competencia de AIRTEL a MOVISTAR, lo que supone **una infracción al artículo 6.2 a) de la LDC.**

La coincidencia en el tiempo entre la celebración de los primeros contratos de distribución con cláusulas de exclusividad para el servicio MOVISTAR por parte de MOVILES y el inicio de la actividad de la empresa AIRTEL demuestra el objeto perseguido por MOVILES de obstaculizar la implantación de AIRTEL en el mercado.

MOVILES, como empresa que disfruta de posición dominante en el sector de la telefonía móvil, tiene la responsabilidad de no permitir que su comportamiento perjudique la libre competencia. El Derecho de la Competencia es rotundo en este sentido. Merece citarse la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 1988 (IV/31.900, BPB Industries plc.) en la que se dijo (apartado 122) que

Como el Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones, cualquier conducta que perjudique los objetivos establecidos en la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE poniendo en peligro la estructura de la competencia, puede constituir un abuso de posición dominante. El Tribunal ha condenado conductas excluyentes que entorpecen la competencia existente o el desarrollo de una nueva competencia. Las prácticas destinadas a bloquear el acceso de los competidores a los clientes, haciendo que dependan del distribuidor dominante, han sido especialmente consideradas abusos en asuntos importantes (sentencias en los casos 40/73 Suiker-Unie contra Comisión, caso 85/76 Hoffmann-La Roche contra Comisión, caso 322/81-Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin).

Asimismo los contratos con cláusulas de exclusividad celebrados por MOVILES con un número cada vez mayor de distribuidores tienden a cerrar el mercado frente a AIRTEL.

- B) unas prácticas restrictivas de la competencia por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES de publicidad engañosa, dado que la publicidad conjunta citada en el hecho noveno apartado a) de los sistemas analógico y digital confundía la imagen del monopolista y la de la prestación de servicios sometidos a competencia, produciendo confusión en el conjunto de los usuarios y deslealtad frente AIRTEL, lo que supone **una infracción al artículo 7 de la LDC**, en relación con el artículo 4 de la Ley General de Publicidad.

- C) unas prácticas restrictivas de la competencia por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES por infracción de norma, dado que, para la realización de la publicidad de los sistemas analógico y digital, se han utilizado recursos económicos incorrectamente atribuidos y contabilizados, lo que supone **una infracción al artículo 7 de la LDC**, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de competencia Desleal, al infringir el real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática.

- D) una práctica restrictiva de la competencia por parte de MOVILES consistente en la financiación del servicio de telefonía digital con recursos obtenidos como monopolista del

servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no haberse establecido los mecanismos necesarios que permitan la separación de contabilidades o eviten la utilización de los ingresos económicos obtenidos por la prestación del servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR, lo que supone **una infracción al artículo 7 de la LDC**, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir el Real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática.

- E) una práctica restrictiva de la competencia por parte de MOVILES de infracción de normas, dado que, mediante la ocupación de frecuencias que deberían ser destinadas a los servicios GSM, infringe el Real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, lo que supone **una infracción al artículo 7 de la LDC**, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir el Real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y con la doctrina del TDC, los actos desleales cometidos desde una posición de dominio pueden ser considerados abusos de posición de dominio. En este caso, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil, los cargos contenidos en los apartados B, C, D y E constituyen, a la vez, **infracciones al artículo 6 de la LDC**, sin que sea preciso entrar a considerar si se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 7 de la LDC excepto la existencia de actos desleales."

7. Los interesados formularon alegaciones al PCH, siendo de destacar que AIRTEL manifestó la necesidad de ampliarlo al no haberse recogido en el mismo las conductas consistentes en la prestación de los servicios de telefonía móvil, en sus dos modalidades, a través de los teléfonos de la red fija 002 y 004, ni la comercialización conjunta de ambas modalidades de telefonía móvil en las oficinas comerciales de TELEFONICA.
8. A la vista de las alegaciones de AIRTEL y de las actuaciones de vigilancia

de la Resolución del Tribunal en el Incidente MC 10/96, el Servicio formuló, con fecha 9 de junio de 1997, una Ampliación del PCH.

En ella se consideraba acreditado que:

"Primero.- Para la contratación de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marcas MOVILINE y MOVISTAR), TELEFONICA MOVILES utiliza una red formada, entre otros distribuidores, por el total de oficinas comerciales de TELEFONICA.

En el funcionamiento de dichas oficinas no se ha producido ninguna variación que afecte a las adscripciones de bienes, de personal y de otros grados de dedicación al servicio GSM, con excepción de la asignación e implantación de un nuevo número 900.121.004 que facilita información en relación con la comercialización de MOVISTAR.

Las oficinas siguen vendiendo MOVISTAR, si bien "en visita", es decir, con la presencia física del cliente. Además de este servicio venden MOVILINE y el mismo catálogo de equipos y servicios fijos y móviles, como venían haciendo con anterioridad a la Resolución de Medidas Cautelares adoptada en este expediente por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El anterior sistema de información y venta a través de las llamadas al 004 y al 022 que se recibían en las oficinas comerciales relativas a MOVISTAR se derivan, ahora, a la visita o al nuevo número, asimismo gratuito, 900.12.004.

El personal adscrito a las oficinas comerciales atiende todas las cuestiones relacionadas con MOVISTAR y MOVILINE siempre que el potencial cliente acuda personalmente a la oficina.

El personal adscrito al denominado grupo ACD de los centros de teleatención de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, La Coruña y Las Palmas simultanean la atención a las llamadas realizadas a las líneas de marcación abreviada 004 y 022 y las recibidas en el nuevo número 900.121.004 que facilita exclusivamente información en relación con la comercialización de MOVISTAR."

Como "VALORACION JURIDICA" la Ampliación del Pliego manifestaba que "del contenido de lo expuesto se desprende el ofrecimiento unificado, mediante la utilización de las oficinas comerciales de TELEFONICA y de recursos personales y técnicos comunes, de los Servicios MOVILINE y

MOVISTAR, más allá del cumplimiento formal de la medida cautelar adoptada por el TDC relativa exclusivamente al uso de los teléfonos gratuitos de información comercial 004 y 022. Asimismo se desprende el aprovechamiento mutuo entre ambas modalidades de telefonía móvil que se deriva de la realización de publicidad de estos servicios de información comercial y, en consecuencia, la existencia de una práctica restrictiva de la competencia por parte de TELEFONICA MOVILES consistente en la financiación del servicio de telefonía digital con la utilización de recursos obtenidos como monopolista del servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no ser los mecanismos establecidos suficientes para evitar su utilización por la prestación del servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR, lo que podría suponer **una infracción al artículo 7 de la LDC**, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir el Real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática."

Notificada la ampliación a los interesados, éstos formularon alegaciones a la misma.

9. Analizadas las alegaciones a los PCH y solicitada información adicional, el Servicio elevó Informe-Propuesta al Tribunal en el que propone:

Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de **una infracción al artículo 6.2 a) de la LDC**, por parte de MOVILES, consistente en la celebración de los acuerdos con cláusulas de exclusividad que impiden a los distribuidores comercializar los servicios de telefonía móvil digital AIRTEL, estableciendo condiciones de remuneración (comisiones, primas, etc.) mucho más favorables que para el resto de contratos de distribución con el objeto de dificultar la red de comercialización de AIRTEL y, en consecuencia, la competencia de AIRTEL a MOVISTAR.

Segundo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare:

- a) la existencia de **una infracción al artículo 7 de la LDC**, por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES, en relación con el artículo 4 de la Ley General de Publicidad, de publicidad engañosa, dado que la publicidad conjunta, llevada a cabo entre julio de 1995 y julio de 1996, de los sistemas analógico y digital confundía la imagen del monopolista y la de la prestación de servicios sometidos a competencia, produciendo confusión en el conjunto de los usuarios y

deslealtad frente a AIRTEL.

- b) que la infracción constituye, a la vez, **infracción al artículo 6 de la LDC**, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil.

Tercero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare:

- a) la existencia de una **infracción al artículo 7 de la LDC**, por parte de TELEFONICA y MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir las Disposiciones del Real Decreto 1486/1994 Transitorias Primera punto 5º y Tercera punto 5º -esta última aplicable por explotar MOVILES tanto el servicio analógico como el digital- y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden de 3 de noviembre de 1995, consistente en que, para la realización de la publicidad de los sistemas analógico y digital, se han utilizado recursos económicos incorrectamente atribuidos y contabilizados.
- b) que la infracción constituye, a la vez, **infracción al artículo 6 de la LDC**, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil.

Cuarto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare:

- a) la existencia de **una infracción al artículo 7 de la LDC**, por parte de MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir las Disposiciones del Real Decreto 1486/1994 Transitorias Primera punto 5º y Tercera punto 5º -esta última aplicable por explotar MOVILES tanto el servicio analógico como el digital- y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden de 3 de noviembre de 1995, consistente en la financiación del servicio de telefonía digital con recursos obtenidos como monopolista del servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no haberse establecido los mecanismos necesarios y suficientes que permitan la separación de contabilidades y eviten la utilización de los ingresos económicos obtenidos por la prestación del Servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR.
- b) que la infracción constituye, a la vez, **infracción al artículo 6**

de la LDC, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil.

Quinto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare:

- a) la existencia de **una infracción al artículo 7 de la LDC**, por parte de MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir la Disposición Transitoria Tercera punto 3 del Real Decreto 1486/1994, consistente en la utilización de frecuencias que deberían ser destinadas a los servicios GSM.
- b) que la infracción constituye, a la vez, **infracción al artículo 6 de la LDC**, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil.

Sexto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare:

- a) la existencia de una **infracción al artículo 7 de la LDC**, por parte de TELEFONICA y MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir las Disposiciones del Real Decreto 1486/1994 Transitorias Primera punto 5º y Tercera punto 5º -esta última aplicable por explotar MOVILES tanto el servicio analógico como el digital- y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden de 3 de noviembre de 1995, consistente en ofrecer unificadamente, mediante la utilización de las oficinas comerciales de TELEFONICA y de recursos personales y técnicos comunes, los Servicios MOVILINE y MOVISTAR, más allá del cumplimiento formal de la medida cautelar adoptada por el TDC relativa exclusivamente al uso de los teléfonos gratuitos de información comercial 004 y 022, de lo que se desprende el aprovechamiento mutuo entre ambas modalidades de telefonía móvil.
- b) que la infracción constituye, a la vez, **infracciones al artículo 6 de la LDC**, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil.

Séptimo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una **infracción al artículo 6 de la LDC**, por parte de

TELEFONICA y MOVILES, consistente en la utilización de TELEFONICA como distribuidor de los servicios MOVILINE y MOVISTAR, lo que permite a MOVILES utilizar un nombre acreditado totalmente asimilado a los servicios de telecomunicaciones en España, haciendo prácticamente imposible para el usuario distinguir las actuaciones en el marco de la competencia de los servicios desmonopolizados de las actuaciones de TELEFONICA como detentador del derecho exclusivo de telefonía básica.

Octavo.- Que se intime a TELEFONICA, TELEFONICA MOVILES y TELYCO para que en lo sucesivo se abstengan de realizar estas prácticas.

Noveno.- Que se ordene la publicación, a costa de TELEFONICA, TELEFONICA MOVILES y TELYCO de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en un diario de tirada nacional y en el BOE.

Décimo.- Que se imponga a TELEFONICA, TELEFONICA MOVILES y TELYCO una multa solidaria cuya cuantía fijará el Tribunal a la vista de los datos contenidos en el Anexo I confidencial de este Informe y en aplicación del artículo 10.2, teniendo en cuenta:

- 1) la gravedad del intento de impedir la implantación de AIRTEL en el mercado y la necesidad para AIRTEL de crear su propia red para la comercialización de su servicio.
- 2) que el mercado afectado es la totalidad del territorio nacional.
- 3) que TELEFONICA MOVILES ostenta una posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil.
- 4) los efectos producidos por su conducta y citados en el apartado VII de este Informe.
- 5) que el comportamiento de TELEFONICA, TELEFONICA MOVILES y TELYCO comenzó en julio de 1995 y, excepto en los remedios derivados del contenido de las medidas cautelares impuestas por el TDC, se prolonga hasta la fecha."

10. Recibido el Informe-Propuesta, el Tribunal dictó Providencia, en fecha 16

de octubre de 1997, por la que se solicitaba del Servicio que aclarara "si considera o no a TELYCO responsable de alguna de las presuntas prácticas prohibidas que estima acreditadas, con indicación, en su caso, de las que se le hayan imputado en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe-Propuesta así como de la calificación correspondiente a las mismas." Asimismo se suspendía la admisión a trámite del expediente hasta tanto se recibiera la aclaración solicitada.

El Servicio, mediante escrito de 27 de octubre de 1997 (recibido el 30), manifestó que no consideraba a TELYCO responsable principal de las conductas prohibidas pero que, en atención a su carácter de filial del Grupo TELEFONICA, podría ser utilizada para realizar prácticas desleales y abusivas, por lo que debía ser objeto de intimación y obligada a publicar la Resolución, aunque sin imposición de sanción económica.

11. Remitidas por el Servicio las aclaraciones solicitadas, el Tribunal, por Providencia de 10 de noviembre de 1997, acordó levantar la suspensión, admitir a trámite el expediente y ponerlo de manifiesto a los interesados para que, en el plazo de 15 días, propusieran las pruebas que estimaran oportunas y pudieran solicitar la celebración de vista.

Solicitada y concedida ampliación para el referido trámite, las interesadas lo cumplimentaron mediante escritos de 11 y 16 de diciembre de 1997. A la vista de las periciales propuestas por TELEFONICA y TSM se dio traslado a AIRTEL para que se pronunciara sobre su admisión, el número de peritos que hubieran de designarse y el objeto de la pericia. Asimismo se requirió a TSM para que, antes de decidir sobre las testificales propuestas, acompañaran el interrogatorio de preguntas conforme al cual hubieran de ser examinados.

Por escritos de 2 y 4 de febrero de 1998 TELEFONICA y TSM se opusieron al traslado efectuado a AIRTEL entendiendo que no se ajustaba al procedimiento aplicable en materia de prueba.

Por su parte, AIRTEL presentó el 11 de febrero de 1998 escrito en el que se manifestaba sobre las periciales propuestas y formulaba diversas alegaciones sobre los escritos de proposición de prueba de TELEFONICA y TSM.

12. El Tribunal, por Auto de 23 de marzo de 1998, resolvió sobre las diversas cuestiones planteadas en los escritos de proposición de prueba y solicitud de vista, así como sobre las cuestiones incidentales suscitadas en relación con el trámite probatorio.

El citado Auto desestimó la pretensión de las imputadas sobre la

revocación de la Providencia por la que se dio traslado a AIRTEL, entendiéndose que dicho traslado se circunscribía a manifestarse sobre las periciales propuestas, por lo que tuvo por no formuladas las restantes consideraciones efectuadas por dicha empresa. Asimismo el Auto se manifestó sobre las alegaciones de TELYCO de que, no siendo imputada, el Servicio debía proceder al archivo inmediato y, de TELEFONICA respecto de que los Cargos Sexto y Séptimo del Informe-Propuesta le imputan conductas no incluidas en el PCH ni en su ampliación, en el sentido de que tales cuestiones deberían ser resueltas en el momento procedimental adecuado, y no en el pronunciamiento sobre prueba y vista. Por lo demás, en dicho Auto el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas y acordó proceder a la celebración de vista. El citado Auto fue recurrido por TSM ante la Audiencia Nacional.

13. Designados los peritos, se fijó plazo para la emisión de su dictamen, el cual fue ampliado a solicitud de uno de los designados.

En el trámite de aceptación y jura del cargo de las personas designadas por Arthur Andersen y Cía. S. Com. para practicar la pericia, la representación de AIRTEL formuló recusación contra los mismos al amparo de lo previsto en los apartados 3º y 4º del artículo 621 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La recusación fue desestimada por Auto del Tribunal de 8 de junio de 1998, aceptando y jurando el cargo los peritos recusados el 22 de junio.

14. Recibidos los dictámenes periciales en fecha 16 y 24 de julio de 1998 (folios 198 y 213 Expte. TDC), se convocó a sus autores y a las partes interesadas al trámite de ratificación y aclaraciones, que tuvo lugar en las fechas de 11 y 14 de septiembre de 1998 (folios 240 a 254 Expte. TDC).
15. Por escrito de 11 de septiembre de 1998 (folio 256) la representación de TSM aportó los documentos "Análisis de la red de distribuidores de Telefónica Móviles" elaborado por Deloitte & Touche Consulting (folios 258 y ss. Expte. TDC), "Bandas de frecuencia Moviline y Movistar", informe del Ingeniero Superior de Telecomunicaciones D. Cayetano Lluch Mesquida (folios 281 y ss. Expte. TDC) y "Dictamen sobre un supuesto falseamiento de la libre competencia por difusión de una pretendida publicidad engañosa" del Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid D. Carlos Lema Devesa (folios 289 y ss. Expte. TDC). Los antedichos documentos habían sido rechazados como prueba por el Auto de 23 de marzo de 1998, aunque admitidos como alegación de parte, carácter con el que obran en el expediente.
16. Por Providencias de 14 y 15 de septiembre se pusieron de manifiesto a las

interesadas las pruebas practicadas a fin de que alegaran cuanto estimaran pertinente sobre su alcance e importancia y se fijó la celebración de vista para el 16 de octubre.

Todas las interesadas solicitaron ampliación del plazo para valoración de prueba, la cual les fué concedida, siendo cumplimentada por escritos de 6 de octubre (folios 372, 387 y 415 Expte. TDC). Asimismo TELEFONICA solicitó un aplazamiento de la vista que fué nuevamente señalada para el 27 de octubre.

17. Por escrito de 23 de octubre de 1998 la representación de AIRTEL, al amparo del artículo 79.1 de la Ley 30/1992, aportó un Informe elaborado por CLUSTER CONSULTING denominado "Análisis de la estrategia de distribución de Telefónica Servicios Móviles coincidiendo con la entrada de AIRTEL en el mercado" (folio 433 y ss. Expte. TDC). Por escrito de 11 de noviembre, TSM solicitó que el citado documento fuese inadmitido.
18. Por Providencia de 26 de octubre se suspendió la vista por enfermedad del Vocal Ponente, siendo señalada de nuevo por Providencia de 4 de noviembre, para el jueves día 12 de noviembre, fecha en que se inició, finalizando el día 13 del mismo mes.
19. El Tribunal deliberó sobre el expediente concluida la vista y los días 17 y 21 de diciembre, fecha en que se produjo el fallo.
20. Son interesados:
 - AIRTEL MOVIL S.A.
 - TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.
 - TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A.
 - TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A.

HECHOS PROBADOS

1. TELEFONICA, a partir de la fecha de aprobación de la O.M. del MOPTMA de 30 de marzo de 1995, prestaba el servicio de telefonía móvil automática en su modalidad analógica como servicio de valor añadido, siendo de aplicación al mismo lo establecido en el real Decreto 1486/1994, de 1 de julio.

Por O.M. del citado Ministerio, de 3 de noviembre de 1995, fué autorizada la transferencia de la prestación de dicho servicio a TSM, filial al 100% de TELEFONICA, con efectividad de 15 de diciembre de 1995.

2. TELEFONICA ostentaba título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil en su modalidad digital (GSM) en virtud de lo dispuesto en la O.M. del MOPTMA de 30 de marzo de 1995.

TELEFONICA cedió el citado título habilitante a TSM (filial al 100% de TELEFONICA), la cual fué autorizada por O.M. del MOPTMA de 28 de junio de 1995.

La autorización para iniciar la prestación del servicio tuvo lugar por O.M. del mismo Ministerio de 25 de julio de 1995.

3. AIRTEL es concesionaria de una licencia para la prestación del servicio de telefonía móvil en su modalidad digital, al resultar adjudicataria de la correspondiente concesión por la O.M. del MOPTMA de 29 de diciembre de 1994 y haber suscrito el correspondiente contrato el 3 de febrero de 1995. Comenzó a prestar el servicio el 3 de octubre de 1995.
4. En la Convención celebrada en septiembre de 1995, TSM ofreció a sus distribuidores tres tipos de contratos: contrato de distribución del servicio de telefonía móvil analógico (MOVILINE), contrato de distribución exclusiva del servicio de telefonía móvil digital (MOVISTAR) y contrato de distribución de este último servicio sin relación de exclusividad (folio 413)

Las ventajas económicas de los contratos de distribución exclusiva ofertados se traducen, según los datos obrantes en los folios 912 y ss. y 921 y ss., en una comisión por alta superior (del 10,6% al 29,31%, según los casos), una comisión por cartera mucho más elevada (entre el 66% y el 100%, según los supuestos) y una prima por volumen incrementada (25%). Además de percibir comisiones superiores, los distribuidores exclusivos disfrutaban de otras ventajas como son el fondo de publicidad, el apoyo económico a la apertura o remodelación de punto de venta, la prima por la red de gestión de puntos de venta y la formación de distribuidores que incluye el coste de los cursos, desplazamiento y alojamiento.

5. TSM suscribió el 30 de septiembre de 1995 con TELYCO (filial al 100% de TELEFONICA), dos contratos de distribución de los servicios MOVILINE y MOVISTAR. Este último incluye un compromiso de exclusividad.
6. TSM celebró con TELEFONICA el 2 de febrero de 1996 dos contratos para la distribución de los servicios MOVILINE y MOVISTAR. El correspondiente al servicio MOVISTAR incluye un compromiso de exclusividad.

7. A partir del mes de julio de 1996 TSM remite a sus distribuidores nuevos "contratos de agente" MOVILINE y MOVISTAR por los que los agentes de los distribuidores modifican la relación de no exclusividad por la de exclusividad (folios 2463 y ss.).

Los nuevos contratos prevén que sus condiciones económicas tendrían carácter retroactivo para aquellos agentes que ya integraban la red de distribución.

8. Por escritura pública de 13 de diciembre de 1995, inscrita en el Registro Mercantil con fecha 11 de enero de 1996, TSM realizó la separación y transferencia de los activos de TELEFONICA, asignando bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil.
9. TSM implantó un sistema de contabilidad analítica basada en la identificación de los costes por actividades para cumplir el Real Decreto 1486/1994 y disponer de un instrumento de gestión del negocio. El sistema se desarrolló durante 1995 y estuvo operativo desde el 1 de enero de 1996.
10. TSM y TELEFONICA han realizado publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR en las siguientes campañas:

- "1) Campañas "Oficinas comerciales" (folios **636 y 637 y 1158 y 1159**) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido tras la aplicación de la Orden de 3 de noviembre de 1995 y en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había, aún, suscrito ningún contrato (2 de febrero de 1996) para la distribución de la telefonía móvil a través de dichas oficinas.
- 2) Campaña "Oficinas comerciales" (folios **638 y 642**) que, además, abarca un período de tiempo en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había suscrito el citado contrato de distribución.
- 3) Campaña "Oficinas comerciales" (folios **643 y 645**) que, además, abarca un período de tiempo en el que entre MOVILES y TELEFONICA no se había suscrito el citado contrato de distribución.
- 4) Campaña "Oficinas comerciales" (folios **646 y 647**) que,

además, asigna su coste a TELEFONICA y no a MOVILES.

- 5) Campaña "Promoción en la factura telefónica" (folios **648 y 649**) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES prestaba el servicio en competencia MOVISTAR, ya que éste le fue cedido en aplicación de la Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA y se asignaba su coste a TELEFONICA y no a MOVILES.
- 6) Campaña "Dual" (folios **1128 y 1129**) que, además, abarca tanto un período de tiempo en el que MOVILES prestaba el servicio en competencia MOVISTAR, ya que éste le fue cedido en aplicación de la Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA como un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido mediante Orden de 3 de noviembre de 1995.
- 7) Campaña "Inserciones Especiales" (folios **1130 a 1133**).
- 8) Campaña "Navidad 95" (folios **1189 y 1203**) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido en aplicación de la Orden de 3 de noviembre de 1995.
- 9) Campaña "Oficinas comerciales-Puente y Navidad" (folios **1206 a 1210**).
- 10) Campaña "Felicitación Año Nuevo" (folios **1212 y 1213**).
- 11) Campaña "Revistas Hoteleras" (folios **1215 a 1217**).
- 12) Campaña "M. Robles y P. Domingo" (folios **1232 a 1234**).
- 13) Campaña "Oficinas Comerciales" (folios **1235 a 1237**).
- 14) Campaña "1.000.000 de clientes" (folios **1238 a 1240**).
- 15) Campaña "Expert/Tien 21" (folios **1241 a 1242**).
- 16) Campaña "Con nosotros se puede hablar" (folios **1252 a 1255**).
- 17) Campaña "Patrocinio Guía del Buen Vivir-El País" (folios

1259 y 1260).

- 18) Campaña "Desplazamientos-Semana Santa" (folios **1264 a 1266**).
 - 19) Campaña "Mancomunada Páginas Amarillas" (folios **1279 y 1280**).
 - 20) Campañas "Below the Line" (folios **1310 y 1311, 1318 a 1321, 1445 y 1446 y 1458 a 1460**).
 - 21) Evento "ANCADES" (folio **1465**) que, además, abarca un período de tiempo en el que MOVILES no prestaba el servicio monopolizado MOVILINE, ya que éste le fue transferido en aplicación de la Orden de 3 de noviembre de 1995."
11. TELEFONICA y TSM han realizado inversiones en el servicio de telefonía móvil analógico con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1486/1994. Los abonados a dicho servicio se han incrementado de 892.187 a 1.307.926 entre diciembre de 1995 y diciembre de 1996. Las inversiones realizadas desde la fecha de puesta en funcionamiento del servicio de telefonía móvil en su modalidad digital hasta que dicha actividad fue transferido a TSM ascendieron a 20.365 millones de pesetas. Las realizadas entre el 15 de diciembre de 1995 y el 31 de octubre de 1996 ascendieron a 59.330 millones de pesetas (folio 2537).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La primera cuestión que debe ser abordada, con carácter preliminar, es la alegación de TELEFONICA relativa a la inclusión en el Informe-Propuesta del cargo sexto, cuando la Ampliación del PCH sólo acusaba por el mismo a TSM, así como del cargo séptimo, al que no se había hecho mención ni en el PCH, ni en su Ampliación posterior.
Por lo que se refiere al cargo sexto debe señalarse que la Ampliación del PCH consideraba como hecho acreditado Primero que "para la contratación de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marcas MOVILINE y MOVISTAR), TELEFONICA MOVILES utiliza una red formada, entre otros distribuidores, por el total de oficinas comerciales de TELEFONICA".

A continuación la "valoración jurídica" contenida en la Ampliación del PCH reitera la referencia a la "utilización de las oficinas comerciales de TELEFONICA y de recursos personales y técnicos comunes, de los

servicios MOVILINE y MOVISTAR".

En la misma "valoración jurídica" se hace referencia al "aprovechamiento mutuo entre ambas modalidades de telefonía móvil" estimando el Servicio que existe "una práctica restrictiva de la competencia por parte de TELEFONICA MOVILES consistente en la financiación del servicio de telefonía digital con la utilización de recursos obtenidos como monopolista del servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no ser los mecanismos establecidos suficientes para evitar su utilización por la prestación del servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR".

De lo anteriormente expuesto se deduce, a juicio del Tribunal, que la Ampliación del PCH ha recogido como hechos acreditados los "que pueden ser constitutivos de infracción", tal como exige el artículo 37.1., LDC incluyendo entre ellos la utilización de las oficinas comerciales de TELEFONICA por TSM. Y que la valoración jurídica de los mismos califica, por un lado, dicha conducta y, por otro, la imputación adicional a TSM de carecer de mecanismos de separación suficientes entre la telefonía móvil analógica y la digital.

El TDC ha valorado, en diversas ocasiones, el carácter que el artículo 37 de la LDC atribuye al PCH. Así, en la Resolución de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93 COAM) ya expresó su criterio de que, si bien el Tribunal "ha de atenerse al contenido fáctico del Pliego de Concreción de Hechos", "no tiene que atenerse a la calificación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia". En el mismo sentido, la Resolución de 31 de mayo de 1995 (Expte. R 112/95 Funerarias de Madrid 1) reitera que "el Tribunal ha mantenido constantemente que son los hechos fijados en el Pliego de Concreción los que constituyen la configuración de la acusación y a los que el Tribunal debe atenerse para dictar su resolución. (Véase por todas la Resolución de 28 de julio de 1994. Expte. 339/93. COAM. F.D. 11)".

Inclusive, ante la alegación de un defecto procedimental consistente en que el Informe-Propuesta imputó cargos con un alcance más amplio que el contemplado en la valoración jurídica del PCH, el Tribunal estimó que la objeción no era relevante por cuanto que los hechos objeto de valoración en el Informe-Propuesta se recogían como hechos acreditados en el PCH (Resolución de 15 de octubre de 1996 (Expte. 355/94. Máquinas Fotocopiadoras).

También se ha pronunciado el Tribunal sobre las consecuencias que para el derecho a la defensa se derivan de los criterios antes expuestos,

entendiendo que cuando se formula una ampliación del PCH inicial concretándose la acusación en los dos Pliegos formulados y los afectados han formulado alegaciones a los mismos, no resulta afectado el derecho a la defensa (Resolución de 8 de enero de 1996. Expte. 337/93. ZONTUR), criterio que se reitera en la Resolución de 30 de diciembre de 1997 (Expte. 361/95. Funerarias de Madrid 2), en el que, tras aclarar que "la empresa inculpada ha intervenido a lo largo del procedimiento presentando diversos escritos de alegaciones y múltiples recursos, proponiendo pruebas, interviniendo en la vista oral ante el Tribunal de Defensa de la Competencia", se concluye que ha ejercitado su derecho a la defensa.

Asimismo, el Tribunal ha considerado, ante la alegación de que "no se ha calificado suficientemente la infracción porque en el pliego de cargos sólo se dice que la conducta incriminada está incurso en el art. 1 de la LDC, sin precisar en cuál de sus apartados", que la omisión es puramente formal e intrascendente, pues en el pliego se habla explícitamente del cargo y de ella se ha defendido el imputado sin que haya tenido dudas de la conducta imputada y del tipo legal en que se subsumía (Resolución de 25 de septiembre de 1995. Expte. 344/94. Pan de Zaragoza).

En resumen, la Ampliación del PCH recoge como hecho acreditado que para la distribución de los servicios MOVILINE y MOVISTAR, TSM utilizó una red en la que se incluían la totalidad de las oficinas comerciales de TELEFONICA, de forma que se describe el hecho susceptible de ser constitutivo de infracción -la utilización como distribuidor de las oficinas comerciales de TELEFONICA- y las empresas susceptibles de ser responsables de la misma -TSM y TELEFONICA-.

El Informe-Propuesta, partiendo de dicha base fáctica, califica la conducta conforme al artículo 37.3 LDC detallando los preceptos que considera infringidos.

TELEFONICA, no sólo presenta alegaciones al PCH y a su Ampliación, sino que conoce el Informe-Propuesta y, desde los momentos iniciales de la tramitación del expediente ante el Tribunal, pudo proponer prueba en relación con los mismos, formular alegaciones y los discutió en la vista celebrada. Por todo ello, el Tribunal estima que ni se ha infringido el artículo 37 LDC, ni se ha vulnerado su derecho a la defensa.

Por lo que se refiere al cargo séptimo, su base fáctica es similar a la del cargo sexto -utilización de TELEFONICA como distribuidor de los servicios MOVILINE y MOVISTAR-, si bien el Servicio, en la valoración incluida en el Informe-Propuesta, ha estimado que debían diferenciarse dos cargos distintos (cargos sexto y séptimo) haciendo hincapié en la calificación del

primero de ellos-cargo sexto- en la existencia de una infracción del artículo 7 LDC por vulneración de las normas que cita que constituyen además, a su juicio, abuso de posición de dominio y, en el segundo -cargo séptimo- en la existencia de una conducta prohibida consistente en la utilización por TSM de "un nombre acreditado totalmente asimilado a los servicios de telecomunicaciones en España, haciendo prácticamente imposible para el usuario distinguir las actuaciones de TELEFONICA como detentador del derecho exclusivo de telefonía básica".

Pero, como antes se expuso, la base fáctica está incluida en el PCH y su Ampliación, que constituyen el instrumento procesal que delimita la infracción y al que el Tribunal debe ajustarse en su Resolución, sin que resulte condicionado por la calificación propuesta del Servicio. También en este caso TELEFONICA ha conocido el PCH y su Ampliación, el contenido del Informe-Propuesta, y se ha defendido de los mismos durante la tramitación ante el TDC, pudiendo proponer pruebas y formulando alegaciones y conclusiones en la vista ante el Tribunal. De lo expuesto, el Tribunal concluye que tampoco se ha infringido en este caso el artículo 37 LDC ni se ha vulnerado el derecho de defensa.

2. TELYCO ha alegado que el Servicio no le ha imputado conducta prohibida alguna por lo que resulta improcedente la imposición de sanciones, ni que se le intime a la cesación en la misma, a la remoción de sus efectos, o que se le imponga la obligación de publicar la Resolución que se dicte.

A este respecto, el Tribunal, una vez recibido el expediente con el Informe-Propuesta del Servicio, y a la vista de la información que obraba en aquél, dictó Providencia de 16 de octubre de 1997 solicitando del Servicio que aclarase si consideraba o no a TELYCO responsable de alguna de las presuntas conductas prohibidas y que indicara las que se le hubieran imputado.

El Servicio, por escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 29 de octubre de 1997, manifestó que no consideraba "a TELYCO responsable principal de las presuntas conductas prohibidas...". Sin embargo, estimó que debía ser objeto de intimación y de la obligación de publicación de la Resolución "teniendo en cuenta que TELYCO es una filial del grupo Telefónica que podría ser utilizada por el grupo Telefónica para realizar prácticas desleales y abusivas consistentes en la realización de publicidad engañosa, la utilización de medios personales y técnicos y recursos económicos correspondientes a negocios diferentes a la telefonía móvil digital y la utilización como distribuidor de los servicios de telefonía móvil de un nombre acreditado asimilado al prestador principal de los servicios de telecomunicaciones en España".

La intimación del Tribunal se encuentra regulada en el artículo 9 LDC, que se incluye en la sección Segunda del Capítulo I, bajo la rúbrica "De las sanciones", de lo que se desprende que la intimación tiene tal carácter. El precepto citado reconduce la intimación a quienes realicen los actos descritos en los artículos 1, 6 y 7 LDC, lo cual exige la declaración previa de la conducta como prohibida (art. 46.1 LDC) y la declaración de responsabilidad respecto de un sujeto determinado. No pudiendo realizarse ésta al no haber sido imputada TELYCO, no cabe realizar intimación alguna sobre dicha empresa.

Por su parte, la obligación de publicar la Resolución en el BOE o en diarios de ámbito nacional o provincial se encuentra regulada en el artículo 46 LDC, refiriéndose a las "personas o empresas sancionadas". Dado que la sanción a TELYCO deviene imposible por las razones expuestas en el párrafo anterior, la propuesta del Servicio ha de ser desestimada.

3. Resueltas las alegaciones previas planteadas y con el fin de poder analizar las cuestiones de fondo del expediente, es preciso aclarar el período temporal en que aquéllas se han producido ya que, en mercados emergentes que evolucionan rápidamente, aquella delimitación es relevante para valorar su compatibilidad con las normas de defensa de la competencia y los efectos derivados de las mismas.

A este respecto, como se ha señalado anteriormente, resulta que los hechos imputados se producen, cronológicamente, en los siguientes momentos:

- Acuerdos de distribución exclusiva con los comercializadores del servicio de telefonía móvil analógico, TELEFONICA y TELYCO:

A partir de la Convención celebrada en septiembre de 1995, TSM (folio 413) ofreció a sus distribuidores la opción de contratar en régimen de exclusiva (folio 311), antes de que AIRTEL iniciara sus actividades, en determinadas condiciones económicas.

TSM contrató con TELEFONICA la distribución de los servicios MOVILINE y MOVISTAR el 2 de febrero de 1996. (folios 819 y ss. y 828 y ss.).

TSM suscribió con TELYCO, el 30 de septiembre de 1995 contrato en exclusiva del servicio MOVISTAR dirigido a la creación de grupos de distribución que facilitarían la consecución de objetivos por los distribuidores (fol. 1519 y ss.).

A partir de julio de 1996 los distribuidores exclusivos de los servicios MOVISTAR y MOVILINE, y los no exclusivos de este último, vinculan a sus agentes con contratos de exclusiva, con efectos retroactivos en cuanto a las remuneraciones.

- Publicidad conjunta.

TELEFONICA y TSM han realizado publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR desde julio de 1995 hasta julio de 1996 en que cesó como consecuencia de la Resolución del Tribunal en el expediente MC 10/96.

- Inversiones en el servicio de telefonía móvil analógica.

Desde 1995 TELEFONICA incrementó considerablemente las inversiones en el servicio de telefonía analógica (folios 500 y 664). Las inversiones realizadas desde la puesta en funcionamiento del servicio de telefonía móvil digital hasta su aportación a TSM fueron de 20.365 millones de pts., y las realizadas desde el 15 de diciembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 1996 por TSM ascendieron a 59.330 millones de pts. (folio 2537).

- Separación contable.

TSM desarrolló durante 1995 un sistema de contabilidad analítica basado en la identificación de costes por actividades que fué plenamente operativo el 1 de enero de 1996. (folio 203 TDC).

De acuerdo con los datos expuestos, las conductas presuntamente prohibidas se produjeron en 1995 y 1996, si bien sus efectos se han desarrollado, en algunos casos, en años posteriores. En consecuencia, el Tribunal considera que el análisis de las conductas y las conclusiones deben circunscribirse a dicho período.

4. Por lo que se refiere al mercado de producto, atendiendo a las características de los servicios analógico y digital desde la perspectiva del usuario, de la pericial practicada (folios 213 y ss. Expte. TDC) se desprende que ambos servicios son modalidades de un sistema más amplio que es el de la telefonía celular. Sus características generales son una gran capacidad (permite la existencia de miles de abonados por km²), extensa cobertura, terminales ligeros de operación y mantenimiento sencillo y tarifas lo más reducidas posible con un sobreprecio razonable respecto a la red fija.

Según el informe pericial éstas son las características que normalmente

deseará el usuario, que aspirara a las mismas prestaciones que la red fija (tono de llamada inmediato; establecimiento rápido y seguro de la comunicación; buenas condiciones de audición; gama de posibilidades adicionales de la red fija como desvíos, avisos de llamadas, etc...), a las que se añaden las propias de la condición de portable del terminal.

El sistema analógico presenta una mayor cobertura y el digital ofrece, como innovaciones apreciables por el usuario, la itinerancia internacional, la encriptación de los datos en beneficio de la privacidad, la transmisión directa de datos y otros servicios telemáticos, la facilidad de incorporación de las prestaciones que pueda ofrecer la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI), el traslado de módulo de identificación de abonado (tarjeta SIM) a otro terminal, el envío de mensajes alfanuméricos del abonado llamante, el reencaminamiento de llamadas a números prefijados, la llamada en espera, la multiconferencia, la red cerrada de usuarios, la indicación de tiempo y coste de la llamada y la restricción de llamadas.

Las características generales comunes son las que cubren las necesidades normales del usuario, mientras que la mayor parte de las específicas del servicio digital (itinerancia internacional, transmisión de datos y otros servicios avanzados de telecomunicaciones, codificación digital de los mensajes o multiconferencia) sólo responden a necesidades específicas de una parte de la clientela normalmente de carácter profesional. En consecuencia, en los primeros momentos de prestación del servicio digital, éste no constituye un mercado separado, sin perjuicio de que, a medida que evoluciona, pueda acabar diferenciándose.

Así lo reconoció el TDC en las resoluciones de los expedientes MC 10/96 (julio de 1996) y MC 14/96 (diciembre de 1996). No obstante, la Comisión Europea, en su Decisión de 4 de octubre de 1995 (Omnitel Pronto/Italia), atendiendo a las nuevas funciones del servicio digital, estimó que se trataba de dos mercados separados. En dicha Decisión reconoce, sin embargo, que tales características responden a las necesidades de sólo una parte de los usuarios y que la mera sustitución de la telefonía analógica por la digital no se prevé a corto plazo, sino que coexistirán durante varios años con un desplazamiento de la clientela de la primera a la segunda. Por otra parte, la Comisión estima que, en el caso por ella considerado, las conclusiones jurídicas sobre la posición dominante no variarían si ambos servicios fueran considerados como segmentos del mismo mercado (punto 13).

El mercado geográfico, atendiendo al ámbito territorial en que se producen los efectos de las conductas, abarca la totalidad del territorio nacional.

5. Delimitado el mercado relevante, es preciso analizar la existencia o no de posición de dominio.

En el mercado de la telefonía móvil la evolución de las cuotas de mercado ha sido la siguiente:

Telefonía móvil. Cuotas de mercado

	Sep 95	Jun 96	Dic 96	Jun 97
TSM	100%	91,1%	78,2%	75,9%
AIRTEL	0%	8,9%	21,8%	24,1%

Pese a la reducción del porcentaje de cuota de mercado de TSM, esta empresa ha incrementado hasta diciembre de 1997 la diferencia entre su número de abonados y el de AIRTEL, en los términos que se indican a continuación:

Telefonía móvil. Miles de abonados

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
TSM	1525	2345	2711	3187
AIRTEL	149	652	861	1151
Diferencia	1376	1693	1850	2036

De los datos expuestos, el Tribunal estima que TSM tiene posición de dominio ya que ofrece en exclusiva el servicio de telefonía analógico (hasta el año 2007), que es el de mayor cobertura, tiene una cuota de mercado muy superior a la de AIRTEL e incrementa la diferencia entre el número de usuarios abonados ya que puede utilizar los clientes del servicio analógico que pasan a ser usuarios del servicio digital.

Si se considerara la telefonía móvil digital como un mercado separado, TSM también ostentaría, conforme a los argumentos expuestos, posición de dominio, de acuerdo con los siguientes datos:

Telefonía móvil digital. Cuota de mercado

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
MOVISTAR	68,2%	61,4%	64,1%	64,7%
AIRTEL	31,8%	38,6%	35,9%	35,3%

Circunscribiéndonos al servicio digital, la diferencia en la progresión de abonados ha sido:

Telefonía móvil digital. Miles de abonados

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
TSM	319	1037	1537	2087
AIRTEL	149	652	861	1151
Diferencia	170	385	676	936

Conforme a los argumentos antes expuestos, TSM también tendría posición de dominio. En este caso la fundamentación de la posición de dominio se refuerza con los argumentos apreciados por la Comisión Europea en el asunto Omnitel Pronto/Italia (Ventaja temporal en la prestación del Servicio, red de distribución analógica operativa que puede comercializar el servicio digital, información privilegiada sobre hábitos de llamadas tanto por grupos de usuarios como por regiones y economías de escala en infraestructuras). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la preeminencia de TSM en el mercado de telefonía móvil analógica (derecho exclusivo y la estrecha conexión entre este mercado y el de la telefonía móvil digital), le permite extender su posición de dominio en el primero al mercado vecino criterio que, en orden a apreciar la existencia de posición de dominio, ya ha sido admitido en reiteradas Resoluciones por el Tribunal y la jurisprudencia comunitaria. (TDC. Resolución de 1/2/95: Expte. 3C; y TPI Asunto T. 83/91: Tetra Pak II).

6. La existencia de posición de dominio no implica necesariamente el abuso de la misma, que es la conducta prohibida por la LDC. Es preciso, pues, considerar si se ha producido o no tal práctica en el presente expediente.

A este respecto y en lo que afecta a los canales de distribución de telefonía móvil, debe tenerse en cuenta que TSM desarrolló las siguientes acciones:

- a) La posibilidad de contratar en régimen de exclusiva el servicio.

Esta posibilidad se ofreció a partir de la Convención de septiembre de 1995. Según la denunciada, fué una respuesta a las ofertas de contratos de distribución exclusiva realizada por AIRTEL y fué exigida por los propios distribuidores.

Sin embargo, tal afirmación resulta desmentida por el documento "Análisis de la red de distribuidores de TELEFONICA MOVILES" realizado por Deloitte & Touche Consulting (DT), que la imputada ha aportado como alegación de parte y en el que se expresan las razones por las que la exclusiva se lleva a cabo en beneficio del operador telefónico.

Según el citado documento, la preferencia de los operadores telefónicos en general, y de TSM en particular, a contar con distribuidores exclusivos, se debe principalmente a las siguientes consideraciones:

"La exclusividad facilita la confidencialidad de datos, de clientes, de promociones, de estrategias comerciales, etc., aspectos que son imprescindibles para cualquier operador telefónico.

A su vez, limita que los distribuidores potencien artificialmente o por motivos ajenos al interés del cliente, el cambio abusivo o desleal de un mismo cliente entre operadoras de modo sucesivo (en Europa la media de cambio de clientes entre operadora es del 15% al 20% anual), actuación que en gran medida realizan los distribuidores para aprovecharse de las promociones en curso en su propio beneficio, al objeto de cobrar las respectivas comisiones, sin que trasciendan los beneficios al cliente final.

En este sentido, la exclusividad limita estas cuestionables prácticas, lo que redundaría en mejor servicio al cliente, ya que en la distribución exclusiva los distribuidores no pueden realizar gran parte de esas actuaciones, debido a que la operadora tiene mayor capacidad para evaluar y controlar el servicio proporcionado al cliente.

La exclusividad puede producir ventajas para el mercado, ya que exige un continuo desarrollo de especialización de los distribuidores para competir con los distribuidores de otras empresas operadoras.

En consecuencia, Telefónica Móviles potencia que las empresas que distribuyen sus productos establezcan una relación de exclusividad. Para ello aplica unas comisiones de venta más altas a los distribuidores exclusivos que a los no exclusivos, como contrapartida a las mayores exigencias requeridas a aquéllos, y fija unos períodos de vigencia de contrato más amplios (dos años distribuidores exclusivos frente a un año

los no exclusivos)".

Las ventajas económicas de los contratos de distribución exclusiva ofertados se traducen, según los datos obrantes en los folios 912 y ss. y 921 y ss., en una comisión por alta superior (del 10,6% al 29,31%, según los casos), una comisión por cartera mucho más elevada (entre el 66% y el 100%, según los supuestos) y una prima por volumen incrementada (25%). Además de percibir comisiones superiores, los distribuidores exclusivos disfrutaban de otras ventajas como son el fondo de publicidad, el apoyo económico a la apertura o remodelación de punto de venta, la prima por la red de gestión de puntos de venta y la formación de distribuidores que incluye el coste de los cursos, desplazamiento y alojamiento.

Adicionalmente, en julio de 1996, TSM suscribe nuevos acuerdos con los distribuidores por virtud de los cuales los agentes de estos últimos pasan de tener una relación de no exclusividad a una de exclusividad. Los contratos prevén la aplicación retroactiva de las condiciones económicas mejoradas que incorporan. Según obra en el expediente, los contratos son remitidos a los distribuidores por el Delegado de zona de TSM con un formato normalizado (folios 2463 y ss). TSM alega que sólo consta el contrato del Delegado de la Zona Norte. No obstante, el carácter modelo de los mismos permite apreciar que no se trata de una conducta aislada.

- b) Celebración el 30 de septiembre de 1995 del contrato de distribución con TELYCO, filial al 100% de TELEFONICA, tanto del Servicio MOVISTAR como del servicio MOVILINE (folios 1519 y ss.).

El contrato relativo al servicio MOVISTAR tiene carácter exclusivo (cláusula 1.7), extendiéndose la exclusividad a todos los puntos de venta controlados por TELYCO, sean propios o vinculados contractualmente (cláusula 1.8).

Contempla la posibilidad de constituir Grupos de Distribución (cláusula 9) para facilitar la obtención de la retribución por volumen. De este modo, al acumular en el Grupo de distribución las altas de cada uno de los distribuidores integrados en el mismo, se facilita que alcancen el máximo de la retribución por volumen -que es más alta en los contratos de distribución exclusiva- incentivando que aquellos -los distribuidores- opten por dicha modalidad contractual -la exclusiva-.

Al formar parte del Grupo, el distribuidor cede a aquél los derechos y obligaciones derivados del contrato, siendo el Grupo el responsable de su cumplimiento. El plazo mínimo de pertenencia al Grupo es de 1 año

(cláusula 9.2).

El contrato relativo al servicio MOVILINE no tiene carácter exclusivo, si bien se extiende a todos los puntos de venta controlados por el distribuidor (cláusula 1.7), previéndose que los subagentes estarán asociados de forma exclusiva con un distribuidor oficial de acuerdo con un contrato de adhesión normalizado (anexo I), por un período mínimo de 1 año (cláusula 7.6).

- c) Celebración el 2 de febrero de 1996 de un contrato con TELEFONICA para la distribución del servicio MOVILINE y otro del servicio MOVISTAR, en exclusiva (cláusula 1.7) (folios 819 y ss. y 827 y ss.).

Los contratos de distribución del sistema MOVILINE suscritos entre TSM y TELEFONICA, y TSM y el resto de los distribuidores, presentan algunas diferencias, entre las que cabe citar que en el caso de TELEFONICA no se contemplan como causas de resolución del contrato algunas relevantes que sí se exigen a los distribuidores (resolución por incumplimiento del número mínimo de conexiones, por reiterado decrecimiento del número de conexiones mensuales, por existir un número elevado de altas fraudulentas y/o clonajes o falta de cumplimentación de los datos del cliente. Folios 824, 825, 886 y 887). Lo mismo sucede en relación con los contratos de distribución exclusiva del sistema MOVISTAR (folios 834 y 933 y ss.). El contrato con TELEFONICA contempla una facilidad adicional como es la relativa a la realización de las transacciones mediante la interconexión de los Sistemas de Gestión de ambas entidades, que no figura en los contratos con los restantes distribuidores (folios 832 y 929). Es decir, TSM favorece a TELEFONICA exigiéndole menores requisitos en la actividad distribuidora y facilitando la gestión de las transacciones.

Analizados los contratos que han configurado la red de distribución de TSM, en los términos señalados, resulta necesario considerar cuál ha sido su virtualidad práctica en el funcionamiento efectivo de la red de distribución. En este sentido, del documento de DT, que tiene el carácter de alegación de parte, se desprenden las siguientes apreciaciones sobre la red de distribución de TSM.

Los denominados distribuidores internos, que incluyen los canales propios (vendedores y tiendas propias de TSM) y los pertenecientes al grupo TELEFONICA (tiendas de TELEFONICA y TELYCO), tuvieron una "aportación al negocio muy relevante durante la fase de lanzamiento del sistema, generando el 38% de las altas", en el primer semestre de 1996, que pasó a ser del 34% en el segundo semestre de dicho año (folio 266, Expte. TDC).

"Los distribuidores exclusivos son históricamente los principales generadores de clientes en el sistema MOVISTAR. Su participación ha superado normalmente el 50% de las altas producidas, excepto en el inicio de 1996, período en que se estaba conformando la red de distribuidores" (folio 267, Expte. TDC). Su participación evolucionó del 46% al 50% en el primer y segundo semestre de 1996, respectivamente (folio 268, Expte. TDC).

El número de distribuidores exclusivos se incrementó de 600 (junio de 1996) a 1.255 (diciembre de 1996), evolucionando posteriormente a un ritmo menor (folio 268, Expte. TDC).

Con anterioridad a diciembre de 1996 la red de distribución era muy inferior, debido a que se estaba configurando la red de distribución MOVISTAR. Esta red de distribución se creó básicamente a partir de las empresas partícipes en la red de distribución MOVILINE, dando libertad de elección a los diferentes distribuidores entre la exclusividad y la no exclusividad, optando la mayoría por la primera opción (folio 268, Expte. TDC).

La gran distribución (grandes superficies y grandes almacenes), en la que no existe relación de exclusividad, ha generado tradicionalmente en torno al 15% de las altas y los distribuidores no exclusivos, menos del 1% (folio 267, Expte. TDC)".

En resumen, el desarrollo de la distribución de la telefonía móvil digital (MOVISTAR) parte de la red de distribución del servicio MOVILINE (servicio analógico en monopolio hasta el año 2007), que se vincula con carácter exclusivo al fomentarse los contratos de tal naturaleza en beneficio del operador telefónico y se complementa con la distribución a través de las oficinas comerciales de TELEFONICA y del contrato con TELYCO (que incluye los grupos de distribución) (entre el 80% y el 84% de las altas). Fuera de dicho circuito quedan las tiendas propias de TSM (que son irrelevantes), los distribuidores no exclusivos (que suponen menos del 1% de las altas), la gran distribución (en torno al 15%) y la venta directa de TSM, enfocada a los grandes clientes y empresas.

En este marco se produce un fuerte incremento de las altas de los servicios MOVISTAR y MOVILINE y un crecimiento más reducido de las de AIRTEL, que en el período considerado no llega ni siquiera a alcanzar el número de abonados de TSM en el sistema analógico.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los compromisos de compra

en exclusiva no están prohibidos con carácter general. La apreciación de sus efectos en el mercado depende de las características de este último (sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis C-234/89, y sentencia de 1 de abril de 1993. BPB Industries plc y British Gypsum Limited T65/89. punto 66).

Sin embargo, estas consideraciones no pueden admitirse sin reserva en un mercado en el que, al ostentar un operador una posición dominante, la competencia está restringida. En tal caso incumbe a la empresa en tal posición una responsabilidad particular (Michelin y British Gypsum. punto 67).

El hecho de que una empresa en posición dominante vincule a los compradores, aunque sea a instancia de éstos -mediante una obligación de abastecerse respecto de la totalidad o gran parte de sus necesidades-, constituye una explotación abusiva de la posición dominante, independientemente de que se estipule sin más o tenga su contrapartida en la concesión de descuentos (Hoffman La Roche, Akzo/Comisión). Esta solución se justifica por el hecho de que, cuando un operador dispone de una posición fuerte en el mercado, la celebración de contratos en exclusiva respecto de una proporción importante de las compras, constituye un obstáculo inaceptable a la entrada en el mercado (British Gypsum. punto 68).

Si bien la existencia de una posición dominante no priva a la empresa que se encuentra en ella del derecho a proteger sus intereses comerciales y puede realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es reforzar la posición dominante y abusar de ella (United Brands/Comisión) (British Gypsum. punto 68).

Al analizar la conducta de la empresa, lo que importa es si, al recurrir a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de los productos en función de las prestaciones de los operadores económicos, el comportamiento controvertido tuvo por objeto o pudo tener el efecto de influir en la estructura de un mercado en el que, a raíz de la presencia de la empresa dominante, el nivel de competencia estaba ya debilitado (Michelin/Comisión) (British Gypsum. punto 118).

En el presente caso, TSM alega que la celebración de contratos en exclusiva era lícita porque ofreció a los distribuidores la posibilidad de elegir entre contratos exclusivos y no exclusivos -correspondiendo la decisión a los distribuidores-; fue una petición de éstos en respuesta a las ofertas de AIRTEL; conlleva ventajas en el funcionamiento del mercado,

reportando beneficios para los consumidores y los distribuidores -así lo demuestra el hecho de que unos la escojan y otros no, como sucede con los grandes almacenes y grandes superficies- y no cierra el mercado al disponer AIRTEL de una poderosa red de distribución cuyo potencial de crecimiento es aún enorme.

Sin embargo, el documento de DT, aportado como alegación de TSM, contradice tales afirmaciones al afirmar que la preferencia por la exclusiva es de los operadores telefónicos en general y de TSM en particular. Y destaca como principales razones la de facilitar la confidencialidad de los datos, imprescindible para el operador telefónico, y la de limitar que los operadores potencien el cambio de clientes entre operadores, que en Europa es de una media del 15% al 20% anual, actuación que califica como abusiva. Queda descartado, por tanto, atendiendo a las propias alegaciones de la imputada, que los contratos de distribución exclusiva se hayan celebrado a instancias de los distribuidores, y acreditado que favorecen a TSM como operador de telefonía móvil.

Como también afirma el documento de DT, que es una alegación de la imputada, la red de distribución del Servicio MOVISTAR se creó básicamente a partir de las empresas partícipes en la red de distribución MOVILINE. Aunque formalmente se dio libertad de elección a los distribuidores para optar por la exclusividad o la no exclusividad, materialmente se incentivó la primera opción dadas las importantes ventajas económicas que suponía la contratación en exclusiva. Así resultó que la mayoría de los distribuidores optó por dicha posibilidad. El efecto de la exclusividad en la distribución ha sido muy importante ya que, como señala DT, su participación ha superado normalmente el 50% de las altas producidas, constituyendo el principal canal de generación de altas. Además, la oferta de exclusividad se produce en la Convención de septiembre de 1995, coincidiendo con los momentos en que AIRTEL debía iniciar su actividad. Con anterioridad no se había ofertado la celebración de contratos en exclusiva pese a las ventajas que, según la imputada, se derivan para los distribuidores, los consumidores y el propio mercado.

A lo expuesto se añade que el contrato celebrado con TELYCO el 30 de septiembre de 1995 para la distribución del servicio MOVISTAR, también con relación de exclusividad, facilita a los distribuidores la posibilidad de obtener la máxima retribución por volumen, a través de los Grupos de Distribución.

Finalmente, el 20 de febrero de 1996, se contrata como distribuidor exclusivo de dicho servicio a la propia matriz, TELEFONICA, que

ostentaba el monopolio del servicio de telefonía fija y que, desde la posición de dominio que tiene en dicho mercado, la traslada, en lo que se refiere a la distribución, a un mercado vecino como es el de la telefonía móvil, coadyuvando a reforzar la posición de dominio que, en este último, ostenta TSM, coincidiendo también con el comienzo de la actividad de AIRTEL.

El artículo 6 de la LDC prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del territorio nacional. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes citada, TSM y TELEFONICA, como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tenían una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante en el mismo, como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades.

Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un "cierre del mercado", como interpretan las imputadas, pues, admitir esta afirmación en términos estrictos, no sólo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino que supondría una restricción muy importante en la aplicación del artículo 6 LDC, no prevista expresamente en dicha norma.

Por tanto, el "cierre del mercado" debe interpretarse sin el antedicho carácter absoluto, siendo suficiente para poder apreciar el abuso de posición dominante una obstaculización suficientemente intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador. Especialmente cuando se trata de mercados que, como el considerado en este expediente, presentan en su origen un nivel de competencia muy debilitado.

El Tribunal ha admitido desde antiguo esta interpretación del artículo 6 LDC, apreciando la existencia de una práctica prohibida cuando la conducta del operador dominante "lo que perseguía era dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de su competidora (Resolución de 30 de diciembre de 1991. Expte. 295/91 Bombas cobalto. Quinto "in fine"); Resolución confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Sexta) de 17 de noviembre de 1994. La sentencia citada ofrece un interés adicional por cuanto describe elementos de prueba para la apreciación del abuso vinculándolos a la evolución de las cuotas de mercado de las empresas que operaban en el mismo, apreciando que la reducción de la de la empresa dominante de un 93% a un 75% y el crecimiento de la nueva entrante hasta un 25%

permitían, en aquel caso, fundar el abuso de posición dominante.

En el presente expediente, los datos sobre cuotas de mercado recogidas en el F.D. 5 anterior permiten apreciar que la cuota de TSM en el mercado de la telefonía móvil, que es el considerado como relevante, se reduce desde el 100% hasta el 91,1% y el 78,2% entre septiembre de 1995 y junio de 1996 y diciembre de 1997, respectivamente.

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que se ha producido una conducta de abuso de posición dominante, prohibida por el artículo 6 LDC, y constituida por la celebración de los contratos de distribución exclusiva por TSM con los distribuidores, TELEFONICA y TELYCO con la finalidad de obstaculizar la entrada de AIRTEL en el mercado. No obstante, TELYCO no puede resultar responsable de la misma al no haber sido imputada. La responsabilidad se circunscribe, en consecuencia, a TSM y TELEFONICA.

8. El Real Decreto 1486/1994, por el que se aprobó el Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, contempló la posibilidad de que TELEFONICA pudiera prestar el servicio GSM (digital), y continuar con la práctica del servicio analógico, regulando los términos en que debían desarrollarse ambas actividades. La regulación se contiene en sus Disposiciones Transitorias Primera y Tercera.

La Disposición Transitoria Primera, relativa al servicio digital, prevé, en lo que afecta al presente expediente, lo siguiente:

- La necesidad de que TELEFONICA, como entidad habilitada para prestar el servicio analógico, solicitara la transformación del título en el plazo de 45 días desde la entrada en vigor del reglamento (punto 1).
- Con carácter previo a la transformación, TELEFONICA debía presentar un inventario de bienes adscritos al servicio, de forma que el conjunto de la información presentada permitiera identificar la prestación del servicio GSM como una unidad de negocio diferenciada.

A tal efecto, el inventario debía incluir la relación individualizada de bienes inmuebles y la numérica de los muebles, distinguiendo los exclusivos y los compartidos con otros servicios y actividades, con indicación del grado de dedicación en tal caso. Asimismo, debía acompañar una relación de personal y otros medios, igualmente

con distinción de la adscripción exclusiva al servicio GSM, o compartida con otros y el grado de copartición. Cualquier variación que se produjera debía ser comunicada a la Delegación del Gobierno (punto 4).

- La transformación del título debía hacerse en favor de TELEFONICA. Si TELEFONICA prestaba el servicio GSM, debía llevar una contabilidad separada que permitiera la plena identificación de los ingresos y los gastos correspondientes a la gestión de dicho servicio.

No obstante, el Reglamento prevé la posibilidad de cesión del título transformado a una filial, en cuyo caso debía estar participada mayoritariamente por TELEFONICA y ser autorizada por el órgano competente para otorgar la concesión del servicio GSM (punto 5).

TELEFONICA, según la extensa documentación aportada al expediente, ha cumplido las previsiones del Real Decreto 1486/1994 y obtenido las autorizaciones administrativas pertinentes. A continuación ha celebrado contratos con TSM que se limitan a la actividad de distribución y no a la prestación del servicio de telefonía móvil. El Real Decreto antes citado no contempla expresamente la prohibición de que TELEFONICA pudiera ser un mero distribuidor en condiciones similares a las de otros distribuidores de TSM. Si la norma hubiera tenido como finalidad impedir tal posibilidad, debió preverlo expresamente. Al no haberlo hecho, el Tribunal considera que no puede apreciarse una infracción del artículo 7 LDC en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LDC), independiente del abuso de posición dominante que, a diferencia de la conducta desleal, puede apreciarse atendiendo a la conducta de las imputadas en el mercado y aunque el citado Real Decreto no incluya una prohibición expresa.

9. El PCH imputa a TSM la realización de inversiones en los servicios de telefonía móvil analógica (TMA-900) que no estarían justificadas con criterios de "inversionista independiente", considerando que implica una ocupación indebida de frecuencias que deberían ser destinadas a los servicios GSM, infringiendo el artículo 7 LDC, por violación del artículo 15 LDC en relación con el Real Decreto 1486/1994.

La conducta descrita es considerada, adicionalmente, por el Servicio como una infracción del artículo 6 LDC, dada la posición de dominio de TSM en el mercado nacional de telefonía móvil.

El Informe-Propuesta reitera la imputación relativa al mantenimiento de la

ocupación de frecuencias mediante la realización de nuevas inversiones y concreta que la norma específicamente infringida es la Disposición Transitoria Tercera, punto 3 del Real Decreto antes citado, insistiendo en que la misma sólo permite la amortización de las inversiones ya realizadas para la prestación del servicio analógico. Mantiene la calificación como infracciones de los arts. 6 y 7 LDC.

A juicio del Tribunal, es preciso separar dos conductas diferenciadas: por una parte, la liberalización de frecuencias en favor del servicio GSM y, por otra, la realización de inversiones en infraestructuras del servicio analógico.

La liberación de frecuencias es una actividad reglada (O.M. de 30 de marzo de 1995, dictada en desarrollo de la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 1486/1994: Anexo 2 y Real Decreto 1252/1997: Disposición adicional cuarta y anexo). No hay prueba en el expediente de que no se haya procedido a la liberación de frecuencias en los términos y calendario previstos en dichas normas y sí, por el contrario, un informe aportado por TSM como alegación de parte en el que se justifica con detalle que se han cumplido las exigencias citadas (folios 281 y 93 Expte. TDC).

La detallada información que consta en el mismo no puede ser desvirtuada por la mera alegación de que, "mediante la realización de nuevas inversiones que se han aumentado considerablemente desde 1995", se produce "el mantenimiento de la ocupación de frecuencias (...) que deberían ser destinadas progresivamente a los servicios GSM", como afirma el Servicio (folio 3371).

En consecuencia, el Tribunal considera que no ha quedado acreditada la infracción del artículo 7 LDC en conexión con el artículo 15 LCD y la Disposición Transitoria Tercera punto 3 del Real Decreto 1486/1994, por lo que hace referencia a la liberación de frecuencias por parte de TSM, no pudiendo apreciarse el abuso de posición de dominio fundado en aquella infracción.

En cuanto a la realización de inversiones en el servicio de telefonía móvil analógica, la Disposición Transitoria Tercera. Punto 1. del Real Decreto 1486/1994 previó la extinción progresiva de la telefonía móvil analógica en la banda de los 900 Mhz al considerarse prioritaria la disposición de frecuencias para el servicio GSM, dadas sus ventajas tecnológicas y de servicio.

El punto 3 de la misma Disposición Transitoria establece en qué

condiciones debe seguir prestándose por TELEFONICA. La citada Disposición atribuye al servicio analógico un carácter temporal y progresivamente residual y considera expresamente que, teniendo en cuenta "la escasez de frecuencias disponibles y la amortización de las inversiones ya realizadas", seguirá prestándose en las mismas condiciones en que venían realizándose.

Estos criterios se ratifican literalmente en la O.M. de 3 de noviembre de 1995, por la que se autoriza a TELEFONICA la transmisión a TSM del título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil analógica, de forma que esta última empresa queda sujeta a las mismas. Sin embargo, se añade que la supresión de los servicios analógicos "se hará garantizando en todo caso los derechos de los usuarios, debiendo autorizar el Delegado del Gobierno de "Telefónica de España, Sociedad Anónima las condiciones de supresión de los mismos".

Pese a la calificación de la Disposición Transitoria Tercera punto 3 respecto del servicio de telefonía móvil analógico como de carácter "temporal y progresivamente residual" debe tenerse en cuenta que dicha temporalidad alcanza un período cronológico relativamente extenso (hasta el 1 de enero del año 2007). Junto a ello, resulta también relevante que la misma norma impone la obligación de garantizar, "en todo caso, los derechos de los usuarios de los servicios". Por lo demás, la norma no contempla expresamente la prohibición de que puedan realizarse nuevas inversiones, sino que, más bien, viene a exigir las dado que las inversiones son necesarias para cumplir el mandato de garantizar los derechos de los usuarios. Aunque la Disposición Transitoria Tercera punto 3 del Real Decreto 1486/1994 señala que, dicho servicio se continúe prestando en "las mismas condiciones" en que venía haciéndose, la interpretación de esta exigencia no puede ser tan estricta que impida la realización de nuevas inversiones, pues tal interpretación abocaría a la obsolescencia del servicio, en perjuicio de los usuarios, y se incumpliría la exigencia adicional de garantizar sus derechos. La interpretación sistemática de ambas previsiones normativas impide, en opinión del Tribunal, que la realización de nuevas inversiones pueda ser considerada como una infracción de las normas antes citadas, sin que pueda, por ello, declararse una práctica prohibida por el artículo 7 LDC, ni un abuso de posición de dominio basado en aquella infracción.

10. El PCH señala que "mediante la vinculación de los servicios analógico y digital y la transferencia de activos y recursos entre los servicios de telefonía móvil en sus dos modalidades analógica y digital", TSM ha realizado "publicidad conjunta de los servicios de telefonía móvil de los que es titular, beneficiándose de la imagen con la que cuenta como única

empresa autorizada a prestar el servicio analógico, y sufragando los gastos publicitarios del nuevo servicio con los recursos obtenidos en su actividad monopolística" (pag. 10 del Informe-Propuesta), detallando a continuación las campañas realizadas y señalando que cesaron a raíz de la Resolución del TDC de 18 de julio de 1996.

Tales conductas se califican como "prácticas restrictivas de la competencia por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES de publicidad engañosa, dado que la publicidad conjunta (...) de los servicios analógico y digital confundía la imagen monopolista y la de la prestación de servicios sometidos a competencia, produciendo confusión en el conjunto de los usuarios y deslealtad frente a AIRTEL, lo que supone una infracción al artículo 7 de la LDC, en relación con el 4 de la Ley General de Publicidad".

Asimismo se consideraban "prácticas restrictivas de la competencia por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES, por infracción de norma, dado que, para la realización de la publicidad de los sistemas analógico y digital, se han utilizado recursos incorrectamente atribuidos y contabilizados, lo que supone una infracción del artículo 7 de la LDC, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, al infringir el Real Decreto 1486/1994".

El Informe-Propuesta reitera que existe explotación abusiva y deslealtad por "la publicidad conjunta del servicio del que MOVILES es monopolista (MOVILINE) con el que está liberalizado (MOVISTAR). Con ello se han beneficiado mutuamente de la imagen de único prestador de servicios de telefonía móvil analógica, transmitiendo al potencial usuario la impresión de ser también el único operador en el servicio de telefonía móvil digital y confundían la imagen del monopolista y la de la prestación de servicios sometidos a competencia, produciendo equívoco en el conjunto de los usuarios y deslealtad frente AIRTEL. Esta conducta, además, ha permitido utilizar recursos que obtiene a través de las actividades monopolistas de TELEFONICA, entre las que se incluye MOVILINE, para sufragar el coste de la publicidad del servicio MOVISTAR".

En consecuencia, propone que el Tribunal declare: "a) la existencia de una infracción al artículo 7 de la LDC por parte de TELEFONICA y su filial MOVILES, en relación con el artículo 4 de la Ley General de Publicidad, de publicidad engañosa, dado que la publicidad conjunta, llevada a cabo entre julio de 1995 y julio de 1996, de los sistemas analógico y digital confundía la imagen del monopolista y la de la prestación de servicios sometidos a competencia, produciendo confusión en el conjunto de los usuarios y deslealtad frente AIRTEL. b) que la infracción constituye, a la vez, infracción al artículo 6 de la LDC, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil".

Y añade que el Tribunal declare: "a) la existencia de una infracción al artículo 7 de la LDC, por parte de TELEFONICA y MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir las Disposiciones del Real Decreto 1486/1994 Transitorias Primera punto 5º y Tercera punto 5º -esta última aplicable por explotar MOVILES tanto el servicio analógico como el digital- y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden de 3 de noviembre de 1995, consistente en que, para la realización de la publicidad de los sistemas analógico y digital, se han utilizado recursos económicos incorrectamente atribuidos y contabilizados. b) que la infracción constituye, a la vez, infracción al artículo 6 de la LDC, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil".

TSM ha presentado como alegaciones un dictamen del catedrático Carlos Lema Devesa en el que rechaza la infracción de los artículos 4 y 5 de la LGP, sintéticamente, por las siguientes razones:

- Partiendo de que la publicidad conjunta no recoge ningún dato falso o inexacto, la cuestión que hay que abordar es la de si la presencia simultánea de ambas marcas en la publicidad es susceptible de inducir a error a los destinatarios, llevando a éstos a pensar que ambos servicios son prestados en régimen de monopolio y que gozan ambos de idénticos índices de cobertura.
- Para rechazar este análisis el elemento determinante viene constituido por la impresión de conjunto o global que el mensaje publicitario crea en un consumidor medio. El TJCE parte, a tal efecto, de un consumidor medio inteligente, informado, cauto y atento (sentencia de 29 de marzo de 1995. Caso Mars).
- Partiendo de estas premisas la simple presencia de las marcas MOVILINE y MOVISTAR no es suficiente para que un consumidor medio llegue a creer que ambos servicios son prestados en régimen de monopolio. Al contrario, por su amplia difusión en los medios de comunicación conocerá la evolución del mercado de telefonía móvil en España y la presencia en él de otro operador como es AIRTEL.
- Igualmente conocerá, al menos superficialmente, las características básicas de los sistemas analógico y digital debiendo desecharse que la mera presencia de las marcas en un anuncio le lleve a creer que ambos servicios tienen idéntica cobertura.
- Los consumidores otorgan escaso grado de credibilidad a la publicidad, y conocen su parcialidad, de forma que un consumidor

medio cauto e inteligente no se formará expectativas sobre el grado de cobertura cuando esta característica ni siquiera ha sido mencionada en la publicidad. Incluso, si se considera un consumidor irreflexivo, desconocerá la situación en el mercado de telefonía móvil así como que el sistema analógico MOVILINE se presta en régimen de monopolio, con lo que tampoco se producirá engaño.

En consecuencia no cabe pensar que tales anuncios son susceptibles de inducir a confusión al público.

De otro lado si la publicidad conjunta permite a la marca MOVISTAR beneficiarse del prestigio de MOVILINE o de la propia TELEFONICA, esta actuación no conduce a engaño toda vez que ambas marcas pertenecen al 100% a una empresa dependiente al 100% de TELEFONICA.

No se cumple, por tanto, el primer requisito del artículo 4 LGP consistente en que el mensaje sea susceptible de inducir a error al público.

El segundo requisito de dicho artículo -el mensaje engañoso debe ser apto para incidir en el comportamiento económico de los consumidores- exigido por la jurisprudencia comunitaria y nacional, no se ha probado ni es probable que pudiera concurrir. En primer lugar, porque el hecho de prestar un servicio en régimen de monopolio difícilmente será un motivo para que los consumidores lo demanden. En segundo lugar, porque no se trata de un servicio que se adquiera de forma ordinaria o usual y cuyo coste es relativamente elevado, por lo que el consumidor demandará información detallada para su adquisición que le permitirá corregir las falsas impresiones que pudieran derivarse del mensaje publicitario sobre el régimen de prestación en monopolio o sobre su cobertura.

El Tribunal comparte tales argumentos con las aclaraciones que se exponen a continuación.

La Resolución de 18 de julio de 1996 (Expte. MC 10/96 AIRTEL-TELEFONICA) adoptó la medida cautelar consistente en "ordenar a Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Móviles S. A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A., el cese en la difusión de cualquier publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR, no pudiendo contener la publicidad que realicen por separado ninguna referencia mutua."

La adopción de dicha medida se basaba en un doble fundamento. Por una parte, el de considerarla como un aspecto más de la comercialización

conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR a través de las oficinas de TELEFONICA. Así se desprende del inciso inicial del Fundamento de Derecho 8 que, al analizar la medida propuesta sobre la publicidad, reitera "las condiciones señaladas en el anterior Fundamento jurídico -relativo a la comercialización por TELEFONICA-, respecto de las posibles consecuencias en el mercado de la comercialización conjunta por Telefónica y sus filiales de los sistemas telefónicos analógico y digital". Por otra parte, el citado Fundamento jurídico añade un análisis específico de la publicidad desde la perspectiva de la posible infracción del artículo 7 LDC en conexión con la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1998. A su vez, este segundo fundamento se apoyaba en la consideración de que con la publicidad conjunta "se pudiera estar transmitiendo a los consumidores dos mensajes principales distorsionados. De una parte la imagen del monopolio y con ella su amplia experiencia en el campo de la telefonía en general y su presencia asistencial en cualquier punto de la geografía nacional.- También el que ambos sistemas de telefonía MOVILINE y MOVISTAR gozan del mismo índice de cobertura geográfica".

De los fundamentos expuestos, el relativo a la comercialización por TELEFONICA de los servicios MOVILINE y MOVISTAR mantiene su vigencia en la Resolución final dado que el Tribunal ha apreciado que la conducta de TSM y TELEFONICA por cuya virtud esta última actúa como distribuidor de la primera, constituye la práctica prohibida por la LDC que se aprecia y declara en el Fundamento de Derecho 7.

En cuanto a los segundos, deben formularse las siguientes precisiones: la confusión de la imagen del monopolio, así como de su experiencia y presencia asistencial en todo el territorio nacional, se mantiene en la medida en que está relacionada con el argumento anterior dado que, tanto la imagen del monopolio como la experiencia en telefonía en general y, particularmente, la presencia asistencial en todo el territorio, se apoyan no sólo en la imagen publicitaria, sino en el hecho de operar TELEFONICA como distribuidor de ambos servicios. Pero no puede sostenerse en lo que afecta a la infracción del artículo 4 LGP ya que la presente Resolución no considera acreditado que la prestación del servicio en régimen de monopolio sea un mensaje publicitario que haya incidido en el comportamiento económico de los usuarios induciéndoles a demandarlo por tal motivo. Finalmente, la distorsión consistente en que ambos servicios gozan del mismo grado de cobertura tiene fundamento en la medida en que obran en el expediente anuncios publicitarios (folios 629, 642, 1134, 1163, 1266, 1268, 1269 y 1278) en los que se hace publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR con referencia expresa a la cobertura que prestan, pero sin distinguir la de cada una de ellos, induciendo a considerar que el servicio digital ofrece también una

cobertura máxima, que sólo puede predicarse del servicio analógico. No obstante, el número reducido de tales anuncios en relación con el total de los emitidos en las campañas publicitarias objeto de imputación, así como la circunstancia de que la inducción al engaño pueda verse superada con una información básica a la hora de adquirir el servicio, impiden que el Tribunal aprecie la concurrencia de los requisitos exigidos para declarar la infracción del artículo 7 LDC, ni la del abuso de posición dominante basado en aquella infracción.

De otro lado, la imputación relativa a la publicidad conjunta realizada por TELEFONICA no debe considerarse como una conducta autónoma, sino como un acto más subsumible en la infracción consistente en que TELEFONICA, al contratar como distribuidor de los servicios de telefonía móvil de TSM, ha incumplido la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1486/1994 y utilizado todos sus medios humanos y materiales, incluida la publicidad. Asimismo, la publicidad conjunta realizada por TSM tampoco constituye, a juicio del Tribunal, una infracción separada, sino una manifestación concreta de la posible infracción de las Disposiciones Transitorias Primera punto 5 y Tercera punto 5 del Real Decreto 1486/1994 y de la Disposición Transitoria 4ª de la O.M. de 3 de noviembre de 1995 -utilización de recursos incorrectamente atribuidos y contabilizados financiando los ingresos obtenidos en el servicio analógico monopolizado para financiar el servicio digital en régimen de competencia-, que se analiza en el siguiente Fundamento de Derecho.

11. El Informe-Propuesta considera una práctica prohibida la existencia de "subvenciones cruzadas" derivadas del hecho de que por parte de MOVILES se financia el servicio de telefonía digital con recursos obtenidos como monopolista del servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no haberse establecido los mecanismos necesarios y suficientes que permitan la separación de contabilidades o eviten la utilización de los ingresos económicos obtenidos por la prestación del servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR.

Concretamente, para la contratación de los servicios de telefonía móvil digital, MOVILES utiliza una red formada por el total de oficinas comerciales de TELEFONICA, incluidos todos sus medios materiales y humanos. Al no haberse establecido los mecanismos suficientes para evitar su utilización, en el sentido previsto en el reglamento del servicio, aprobado por el ya citado Real Decreto 1486/1994, que imponía a TELEFONICA la obligación, en su Disposición Transitoria Tercera número 5, de mantener contabilidades separadas entre el servicio analógico y el servicio GSM "con el fin de respetar los principios de neutralidad,

transparencia y no-discriminación, se desprende el aprovechamiento entre la modalidad analógica y la digital."

Propone que el Tribunal declare: "a) la existencia de una infracción al artículo 7 de la LDC, por parte de MOVILES, en relación con el artículo 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, al infringir las Disposiciones del Real Decreto 1486/1994 Transitorias Primera punto 5º y Tercera punto 5º -esta última aplicable por explotar MOVILES tanto el servicio analógico como el digital- y la Disposición Transitoria 4ª de la Orden de 3 de noviembre de 1995, consistente en la financiación del servicio de telefonía digital con recursos obtenidos como monopolista del servicio de telefonía móvil en su modalidad analógica, al no haberse establecido los mecanismos necesarios y suficientes que permitan la separación de contabilidades y eviten la utilización de los ingresos económicos obtenidos por la prestación del Servicio MOVILINE en el desarrollo del servicio digital MOVISTAR. b) que la infracción constituye, a la vez, infracción al artículo 6 de la LDC, teniendo en cuenta que MOVILES goza de posición de dominio en el mercado nacional de telefonía móvil."

Como antes se señaló, la transformación del título habilitante en favor de TELEFONICA para la prestación del servicio digital exigía, con carácter previo, la presentación de un inventario de bienes adscritos a dicho servicio, que permitiera identificar su prestación como una unidad de negocio separada (D.T. Primera. Punto 4º del Real Decreto 1486/1994).

Transformado el título habilitante, el servicio podía ser prestado por TELEFONICA o por una filial participada mayoritariamente. (D.T. Primera. Punto 5 de la misma norma).

De prestarse por TELEFONICA, debería llevar una "contabilidad separada que permita una plena identificación de los ingresos y los gastos que correspondan a la gestión del servicio GSM" (D.T. Primera. Punto 5 de la norma citada).

Interpretada la norma sistemáticamente, esta exigencia es congruente con la de identificar la prestación del servicio GSM como una unidad de negocio separada, e instrumental de ella.

Si el servicio se presta por una filial, al ser una persona jurídica distinta, con su propia contabilidad, se cumple el requisito de configurar el servicio GSM como una unidad de negocio diferente, y no es necesario reiterar la obligación de que lleve una contabilidad separada, pues esta exigencia está implícita en el hecho de ser una persona jurídica distinta. En este caso, hay separación jurídica del negocio y, por tanto, contable.

Sin embargo, al autorizarse la transmisión del título habilitante del servicio analógico a TSM, el apartado Cuarto de la O.M. de 3 de noviembre de 1995 impone a ésta la obligación, instrumental, de mantener contabilidades separadas entre dicho servicio y el servicio GSM.

Resumiendo la situación, la prestación de los servicios por TSM debe cumplir las siguientes exigencias normativas:

- Haber recibido los bienes adscritos al servicio analógico y al digital de forma que su prestación puede ser identificable como unidades de negocio diferenciadas.
- Mantener contabilidades separadas entre uno y otro.

En relación con esta cuestión, la pericial practicada por A. Andersen manifiesta que:

- TSM implantó un sistema de contabilidad analítica basada en la identificación de costes por actividades para cumplir el Real Decreto 1486/1994 y disponer de un instrumento de gestión del negocio (folio 199. Expte. TDC). Se desarrolló durante 1995 no encontrándose operativo al término de dicho ejercicio y sí desde el 1 de enero de 1996 (folio 203. Expte. TDC).
- TSM comenzó la explotación del servicio digital en julio de 1995 siéndole aportado el servicio analógico el 15 de diciembre de 1995.
- Desde el 1 de enero de 1996 se ha venido llevando un sistema de contabilidad doble en el que cada transacción es registrada en su contabilidad general o financiera a efectos del cumplimiento de las obligaciones legales existentes y, al mismo tiempo, en su contabilidad analítica que tiene como objetivo obtener una cuenta de resultados diferenciada por línea de negocio.

La contabilidad externa o financiera es única por Telefónica Servicios Móviles S.A. y recoge el efecto agregado de las transacciones de todas las líneas de negocio, ya que, tal y como establece la normativa legal y contable en vigor, su objetivo es presentar la imagen fiel de la entidad jurídica Telefónica Servicios Móviles S.A. y no de sus diferentes líneas de negocio. Para diferenciar los resultados de sus líneas de negocio cuenta la Sociedad con su contabilidad interna o analítica.

- La compañía financia las distintas líneas de negocio con los fondos propios disponibles, los recursos obtenidos de las operaciones, así como con recursos procedentes de financiación ajena.

Como es habitual en cualquier compañía que explota diferentes líneas de negocio dentro de una misma estructura jurídica, no existe una diferenciación completa en la contabilidad externa entre los recursos utilizados para financiar las distintas líneas de negocio. De esta forma, los fondos propios y la financiación externa se utilizan para financiar las necesidades netas del conjunto de las líneas de negocio de la Sociedad.

- Para evaluar cómo consume cada línea de negocio los recursos financieros captados por Telefónica Servicios Móviles S.A. es necesario disponer dentro de la contabilidad analítica de un balance de situación por línea de negocio que permita asignar la totalidad del capital o de los recursos de financiación ajena a cada línea de negocio, y establecer dentro del modelo analítico una remuneración a tipos de mercado por los recursos financieros generados por una línea de negocio y utilizados por otra. Sin embargo, esta separación a efectos analíticos no afecta al hecho de que la Sociedad seguirá captando del exterior las necesidades financieras netas del conjunto de líneas de negocio.

Telefónica Servicios Móviles S.A. ha aplicado el RD 1486/1994, desarrollando un modelo analítico que le permite segregar sus cuentas de resultados, entendiéndose que dicho RD no le obliga a preparar balances de situación segregados.

- Como auditores de Telefónica Servicios Móviles S.A., desde el 1 de enero de 1996, la Sociedad viene imputando costes e ingresos a cada servicio en una contabilidad interna o analítica. Respecto a los ejercicios 1996 y 1997 podemos asimismo confirmarles que las imputaciones realizadas se han efectuado de forma efectiva y contable, aplicando los criterios establecidos en el modelo analítico de la Sociedad, tal y como hemos verificado en nuestro trabajo como auditores de la misma.
- Arthur Andersen opina sobre las cuentas de resultados segregadas de las distintas líneas de negocio de Telefónica Servicios Móviles. Esto supone, al haber emitido una opinión limpia, que las cuentas de resultados presentan razonablemente la imagen fiel de los resultados de dichas actividades; consecuentemente el sistema de contabilidad analítica es fiable en el sentido de que proporciona

información que en nuestra opinión es fiable a su vez. El trabajo de auditoría no supone emitir una opinión sobre cada uno de los datos incluidos en el modelo analítico, sino sobre si el modelo analítico permite reflejar adecuadamente la imagen fiel de las cuentas de resultados segregadas (pag. 242. Expte. TDC).

- Los criterios son establecidos por la dirección financiera de Telefónica Servicios Móviles (pag. 243. Expte. TDC).
- Finalmente, el dictamen pericial se manifiesta acerca de los mecanismos sobre la atribución de los gastos de las campañas de publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR señalando que "al mismo tiempo que se efectúa la contabilidad financiera el registro de los gastos de las campañas de publicidad, se asigna el gasto de forma simultánea en la contabilidad analítica a la línea de negocio para la que se desarrolla la campaña, Moviline 900 o Movistar, lo cual está perfectamente identificado en la factura del proveedor. En aquellos casos en que se realiza publicidad corporativa, y que por lo tanto no es imputable a una línea de negocio concreta, no se produce dicha imputación inicial a las líneas de negocio, sino que los gastos de publicidad corporativa se reparten en un 50% a cada línea de negocio.

A continuación se detalla el reparto de los costes totales de publicidad de los ejercicios 1996 y 1997:

Ejercicio	Publicidad Moviline	Publicidad Movistar	Publicidad Comparativa (*)
1996	20%	47%	33%
1997	30%	58%	12%

(*) Tal y como se ha indicado anteriormente, la publicidad corporativa es aquella que no se dedica a promocionar específicamente productos o servicios de las líneas de negocio Moviline o Movistar sino a mejorar la imagen corporativa de la Compañía. Su coste se reparte al 50% entre cada una de las líneas de negocio.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal estima que TSM ha cumplido las exigencias normativas antes citadas. En efecto, el incumplimiento de las mismas podría haberse producido si hubieran exigido a TSM que preparara balances de situación segregados o que los criterios de asignación establecidos por la Dirección

Financiera de dicha empresa y su aplicación a cada uno de los datos incluidos en el modelo analítico debían ser auditados por un auditor independiente.

De haber contemplado tales obligaciones, no cabe duda de que el efecto pretendido con la exigencia de separación contable habría tenido una mayor eficacia. Pero, al no haber recogido expresamente tales exigencias, no es posible, en un ámbito como el del derecho sancionador en el que opera la presunción de inocencia, deducir que se ha producido un incumplimiento normativo.

Por otra parte, la contabilidad analítica de TSM ha podido ser analizada por el Servicio, el cual, a través de tal actuación, habría podido demostrar, basándose en operaciones concretas, si los criterios de asignación o su aplicación práctica eran incorrectos y se habían producido "subvenciones cruzadas" entre los servicios analógico y digital. Sin embargo, el Servicio ha prescindido de realizar tal actividad limitándose a imputar el cargo basándose en una interpretación de la norma que, por lo antes señalado, es discutible. En consecuencia, el Tribunal estima que no resulta acreditada en el caso de los mecanismos de separación contable una conducta prohibida por el artículo 7 LDC en relación con el artículo 15 LDC, ni puede declararse el abuso de posición de dominio basado en dicha infracción.

12. El artículo 10 LDC regula las multas sancionadoras a imponer por el TDC contemplando que su cuantía puede ascender a 150.000.000 de pesetas, la cual es susceptible de ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

El número 2 del citado artículo regula los criterios que, junto con la importancia de la infracción, deben tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de la multa. Según dicho precepto, tales criterios son: a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia; y f) la reiteración de las conductas prohibidas.

Es doctrina reiterada del Tribunal, en lo que respecta a la modalidad de la

infracción, que el abuso de posición de dominio es una de las conductas prohibidas de mayor gravedad, desde la perspectiva del derecho de la competencia (Por todas, Resolución de 21 de enero de 1999. Expte. 421/97. BT/TELEFONICA), en concordancia con la jurisprudencia comunitaria que se cita en su FD 11.

La gravedad de la infracción, como aprecia la Resolución citada, se acentúa en el presente expediente por tratarse de un mercado en el que preexiste una situación de monopolio legal en la telefonía móvil analógica e idéntica exclusividad en la telefonía básica, mercado conexo al considerado en el presente expediente; monopolio o exclusiva que en nuestro ordenamiento jurídico, que parte de la afirmación del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), tiene carácter excepcional, debiendo justificarse por razones de interés general y traducirse ambas apreciaciones en un instrumento normativo cualificado, dado que dicha reserva ha de realizarse a través de una Ley.

A esta circunstancia se añade el hecho de que se trata de una conducta que coincide con la apertura a la competencia de un segmento del mercado, como es la telefonía móvil digital.

Por lo que se refiere a la dimensión del mercado afectado, tal como se ha delimitado el mercado de producto relevante, abarca los servicios de telefonía móvil con una dimensión geográfica que incluye la totalidad del territorio nacional.

La cuota de mercado de TSM, en el considerado como relevante en el presente expediente, era del 100% en septiembre de 1995 y del 75,5% en diciembre de 1996 (folio 261 Expte. TDC).

Por su parte, TELEFONICA ostentaba el monopolio de las telefonía fija en dicho período, mercado que se ha considerado como conexo al de la telefonía móvil, al menos en lo que se refiere a la actividad de distribución.

Los efectos de la conducta declarada prohibida en el mercado considerado son difíciles de evaluar al haberse abierto a la competencia sólo un segmento del mismo -la telefonía móvil analógica- de carácter emergente y en el que no existen datos de referencia que permitan evaluarlo con precisión. No obstante, cabe citar, a tal efecto, que AIRTEL evalúa en 82.875 millones de pts. el coste de implantación de su red, sin que dicha cuantía haya podido ser contrastada por el Tribunal.

La duración de la restricción se extiende a todo el período considerado en el presente expediente, es decir, desde septiembre de 1995 a diciembre

de 1996, aunque sus efectos se han mantenido posteriormente.

Finalmente, para cuantificar la sanción, el Tribunal ha tenido en cuenta los datos económicos que obran en el folio 3375 del expediente del servicio, si bien circunscribiéndolos, en el caso de TSM, a la actividad relacionada con el mercado de producto considerado que, como se ha reiterado, es el de la telefonía móvil.

Atendiendo a los criterios expuestos, el Tribunal estima que debe imponerse a TSM una multa de 610 millones de pesetas, y a TELEFONICA una multa de 150 millones de pesetas por su participación en la comercialización de los servicios de titularidad de TSM. TELYCO, como anteriormente se argumentó, no puede ser responsable de la infracción al no haber sido imputada por el Servicio.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar que ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL S.A., mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes, contratar con TELYCO para facilitar la obtención por aquéllos de la retribución por volumen y contratar como distribuidor con TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.

Se declaran responsables de la infracción a TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. y a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.

2. Intimarlas para que cesen en las mismas.
3. Imponer a TELEFONICA SERVICIOS MOVILES una multa de 610 millones de pesetas y a TELEFONICA DE ESPAÑA una multa de 150 millones de pesetas.
4. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de ámbito nacional de mayor difusión general a costa de las empresas declaradas responsables de la infracción.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a

las interesadas, haciéndoles saber que la presente Resolución no es recurrible en vía administrativa y que contra ella cabe recurso contencioso-administrativo que pueden interponer ante la Audiencia Nacional en el plazo de 2 meses a partir de su notificación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL D. JESUS RUBI NAVARRETE.

Lamento discrepar de la opinión de la mayoría, pero estimo que el Tribunal debió apreciar y sancionar dos conductas prohibidas por la LDC por las razones que, a continuación, expongo.

En primer lugar debió declararse una infracción del artículo 7 LDC en relación con el artículo 15 LDC, por infracción de las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera del Real Decreto 1486/1994, consistente en la utilización de las oficinas comerciales de TELEFONICA para la distribución de los servicios de telefonía móvil.

En efecto, la Resolución afirma, en sus folios 40 y 41, que la Disposición Transitoria Primera antes citada prevé:

- La necesidad de que TELEFONICA como entidad habilitada para prestar el servicio analógico, solicitara la transformación del título en el plazo de 45 días desde la entrada en vigor del reglamento (punto 1).
- Con carácter previo a la transformación TELEFONICA debía presentar un inventario de bienes adscritos al servicio, de forma que el conjunto de la información presentada permita identificar la prestación del servicio GSM como una unidad de negocio diferenciada.

A tal efecto, el inventario debía incluir la relación individualizada de bienes inmuebles y la numérica de los muebles, distinguiendo los exclusivos y los compartidos con otros servicios y actividades, con indicación del grado de dedicación en tal caso. Asimismo, debía acompañar una relación de personal y otros medios, igualmente con distinción de la adscripción exclusiva al servicio GSM, o compartida con otros y el grado de

copartición. Cualquier variación que se produjera debía ser comunicada a la Delegación del Gobierno (punto 4).

- La transformación del título debía hacerse en favor de TELEFONICA. Si TELEFONICA prestaba el servicio GSM, debía llevar una contabilidad separada que permita la plena identificación de los ingresos y los gastos correspondientes a la gestión de dicho servicio.

No obstante, el Real Decreto 1486/1994 prevé la posibilidad de cesión del título transformado a una filial, en cuyo caso, debía estar participada mayoritariamente por TELEFONICA y ser autorizada por el órgano competente para otorgar la concesión del servicio GSM (punto 5).

A mi juicio, a la vista de esta regulación, en lo que se refiere al servicio de telefonía móvil digital, TELEFONICA tenía dos posibilidades: Prestarlo directamente o cederlo a una filial. Pero, en ambos casos, debía diferenciar los medios materiales y humanos de manera que pudiera identificar la prestación del servicio GSM como una unidad de negocio diferenciada y, llevar una contabilidad interna que permitiera la plena identificación de los ingresos y gastos que correspondan a la gestión del mismo.

Admitir que, de cederse a una filial (TSM) no rigen tales obligaciones; o que, realizada la diferenciación del servicio GSM como unidad de negocio distinta, TELEFONICA, por sí misma o celebrando un contrato de distribución exclusiva con la filial cesionaria, puede utilizar los medios materiales y humanos de sus oficinas comerciales -financiadas, en buena medida, con los recursos del monopolio de la telefonía vocal a través de red fija- contradice la interpretación literal, sistemática y teleológica del Real Decreto 1486/1994.

En este sentido debe señalarse que, el hecho de que TELEFONICA y TSM hayan obtenido las autorizaciones administrativas para la cesión del título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil digital lo único que acredita es que se habían realizado los inventarios de bienes exigidos normativamente para permitir diferenciarlo como una unidad de negocio separada, pero, en modo alguno, puede amparar, una vez realizada tal diferenciación, que lleven a cabo, posteriormente, conductas prohibidas por la LDC.

La Disposición Transitoria del Real Decreto 1486/1994, al exigir la realización de inventarios que posibiliten identificar la prestación de cada servicio de telefonía móvil como una unidad de negocio separada no excluye que la actividad de distribución quede al margen de tal exigencia. Al contrario, insiste reiteradamente en que el inventario de bienes adscritos al servicio, que permitirá tal identificación separada del mismo, debe incluir la totalidad de los bienes

inmuebles o muebles y de los medios personales adscritos a aquél indicando, incluso, el grado de dedicación cuando son compartidos.

Por tanto, realizados los inventarios y transferidos los medios contemplados en ellos, la celebración de contratos con TELEFONICA como distribuidor supone adicionar a los medios materiales y humanos que las propias TELEFONICA y TSM y la Administración autorizante han considerado necesarios para la prestación del servicio de telefonía móvil digital, medios materiales y humanos complementarios -los de las oficinas comerciales de TELEFONICA- que se financian con los recursos de monopolio de la telefonía fija, infringiendo el Real Decreto 1486/1994.

Por ello debe apreciarse que el contrato de exclusiva suscrito supone una infracción de la Disposición Transitoria Primera de la norma citada.

Acreditada la infracción de norma es preciso analizar si concurren los restantes requisitos exigidos por el artículo 7 LDC -falseamiento sensible de la competencia y afectación del interés público-.

A este respecto debe señalarse que el documento de DT, aportado por TSM, señala que la aportación de los canales internos (tiendas TELEFONICA y TELYCO) al negocio fue muy relevante durante la fase de lanzamiento del sistema digital -que constituye el objeto de este expediente-, generando el 38% de las altas. Ello implica que se produce una afectación sensible de la competencia que afecta al interés público.

Por lo que se refiere al servicio de telefonía móvil analógico -en lo que afecta al contrato de distribución celebrado entre TELEFONICA y TSM- la Disposición Transitoria Tercera prevé lo siguiente:

- La fijación de una banda de fluctuación de tarifas de la telefonía móvil analógica que permita una competencia leal con el servicio GSM.
- La entidad explotadora del servicio analógico deberá mantener contabilidades separadas entre los servicios analógicos y digitales.
- En todo caso, TELEFONICA deberá cumplir, para la modalidad analógica, lo previsto en el número 4 de la Disposición Transitoria primera para la modalidad digital -es decir, la presentación de un inventario de bienes adscritos al servicio que permita identificarlo como una unidad de negocio diferenciada- (punto 5).

TELEFONICA podía, también en este caso, optar entre prestar el servicio analógico por sí misma o a través de una filial. Pero, en todo caso, debía

efectuar una adscripción de medios materiales y humanos que permitieran identificarlo como una unidad de negocio diferenciada y mantener contabilidades separadas entre dicho servicio y el digital. Todo ello con la finalidad principal de que pudiera existir una competencia leal entre ambos servicios. Por tanto, la cesión del título habilitante a una filial para, a continuación, celebrar con ella un contrato de distribución del servicio utilizando los medios materiales y humanos de TELEFONICA -financiados en buena medida con recursos de otra actividad monopolizada como es la telefonía vocal a través de la red fija- contradice también la interpretación literal, sistemática y teleológica del Real Decreto 1486/1994 y de la O.M. de 3 de noviembre de 1995.

En segundo lugar, debió declararse una conducta prohibida por el artículo 7 LDC, en relación con el artículo 15 LCD, por infracción de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 1486/1994, consistente en la realización de nuevas inversiones en el servicio de telefonía móvil analógico, no amparadas por la citada norma.

En este punto la Resolución aprobada por la mayoría señala que *"... la Disposición Transitoria Tercera. Punto 1. del Real Decreto 1486/1994 previó la extinción progresiva de la telefonía móvil analógica en la banda de los 900 Mhz al considerarse prioritaria la disposición de frecuencias para el servicio GSM, dadas sus ventajas tecnológicas y de servicio.*

El punto 3 de la misma Disposición Transitoria establece en qué condiciones debe seguir prestándose por TELEFONICA. La citada Disposición atribuye al servicio analógico un carácter temporal y progresivamente residual y considera expresamente que, teniendo en cuenta "la escasez de frecuencias disponibles y la amortización de las inversiones ya realizadas", seguirá prestándose en las mismas condiciones en que venían realizándose.

Estos criterios se ratifican literalmente en la O.M. de 3 de noviembre de 1995, por la que se autoriza a TELEFONICA la transmisión a TSM del título habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil analógica, de forma que esta última empresa queda sujeta a las mismas. Sin embargo, se añade que la supresión de los servicios analógicos "se hará garantizando en todo caso los derechos de los usuarios, debiendo autorizar el Delegado del Gobierno de "Telefónica de España, Sociedad Anónima las condiciones de supresión de los mismos".

A mi juicio, de lo expuesto anteriormente se deducen las siguientes consecuencias:

- La continuidad en la prestación del servicio de telefonía móvil analógica

por parte de TELEFONICA o de una filial (TSM en el caso que nos ocupa) es una actividad reglada y no disponible por parte de aquéllas.

- El plazo máximo para la prestación del servicio está expresamente fijado (1 de enero de 1995 para la frecuencia de 450 Mhz y 1 de enero del año 2007 para la de 900 Mhz).
- El régimen jurídico en virtud del cual se presta el servicio es el concesional (E. de Motivos de la O.M. de 3 de noviembre de 1995, al señalar que "la transmisión total o parcial de la concesión [del servicio de telefonía móvil automática analógica] deberá ser autorizada previamente por el órgano que la otorgó").

La prórroga de la concesión de un servicio de "carácter temporal y progresivamente residual (D.T. 3º punto 3 del Real Decreto 1486/1994) se establece normativamente teniendo en cuenta "la escasez de frecuencias disponibles" (para lo cual se fija, con carácter reglado, un calendario de liberación) y las "inversiones ya realizadas". Es decir, tanto los plazos de la liberación de frecuencias, como la amortización de las inversiones ya realizadas, resultan compensadas con el plazo hasta el que se prorroga la concesión (1 de enero del año 2007), sin que ninguno de tales extremos sea disponible por parte de TELEFONICA o de su filial TSM, por cuanto que vienen impuestos por normas de carácter imperativo desde la entrada en vigor del Real Decreto 1486, en el año 1994.

Unicamente se prevé, en términos también imperativos, que deberán garantizar "las mismas condiciones en que venía prestándolo (D.T. Tercera punto 3 del Real Decreto 1486/1994), "garantizando en todo caso los derechos de los usuarios de estos servicios", y que las condiciones de supresión de los mismos deberán ser autorizadas por el Delegado del Gobierno en TELEFONICA (Punto Tercero de la O.M. de 3 de noviembre de 1995). En tales términos se contempla normativamente el equilibrio económico-financiero de la concesión para la prestación del servicio analógico, sin que éste sea disponible por parte de TELEFONICA o TSM. Si TELEFONICA entendía que, en tales condiciones normativas, sufría un perjuicio y que el equilibrio económico de la concesión de que había disfrutado exigía continuar realizando fuertes inversiones y potenciar en términos relevantes su clientela en el servicio analógico, debió impugnar las normas que la constreñían a operar en los términos ya expuestos.

Lo que no es admisible, desde el punto de vista de la competencia, es que TELEFONICA y TSM realizaran -con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1489/1994- inversiones de al menos 79.695 millones de pts. en el servicio analógico, incrementando los abonados en el mismo de

892.187 en diciembre de 1995 a 1307.926 un año más tarde. A efectos de valorar la importancia de las inversiones realizadas téngase en cuenta, como dato de referencia, que el valor neto de los activos aportados por TELEFONICA a TSM con ocasión de la transferencia de los negocios de telefonía móvil automática, tanto analógica como digital, ascendió a 58.846.970.000 pesetas (folio 1482).

Evidentemente, la previsión normativa no excluye que se pudieran realizar nuevas inversiones en términos absolutos. Al contrario, no sólo autoriza sino que exige que se lleven a cabo. Pero las que se realicen deben limitarse a las exigencias de la norma: garantizar los derechos de los usuarios en las mismas condiciones en que se venía prestando. Lo que no autoriza es la realización de nuevas inversiones que pretenden ampliar, tanto por su importe como por sus objetivos, las condiciones de prestación del servicio de telefonía móvil analógico, como ha sucedido.

Que ha sido así lo reconoce la propia TSM a través de la publicidad que ha realizado del servicio analógico, en la que se demuestra, sin ningún género de dudas, que sus inversiones no se destinan sólo a "garantizar los derechos de los usuarios". Particularmente claro resulta, en este sentido, el anuncio de TSM que obra en el folio 1129, en el que, en relación al servicio MOVILINE se expresa que ofrece en toda España una gran cobertura: el 90% del territorio, que representa el 98% de la población. Y, añade que la cobertura continuará mejorando hasta alcanzar la práctica totalidad del territorio.

Señala también que en el momento de la campaña -10 de julio al 6 de agosto de 1995- tiene más de 620.000 clientes, previendo que al final del año serán cerca de 800.000. Afirma que la calidad del servicio es altamente competitiva, siendo su tecnología plenamente vigente y que "además, a las ya actuales prestaciones que MOVILINE ofrece a sus clientes, van a seguir incorporándose otras, configurando así un servicio dinámico y en continua mejora".

La importancia de las inversiones, su coincidencia con la puesta en funcionamiento del servicio digital y el incremento del número de abonados en el servicio analógico -AIRTEL no llegó a alcanzar dicha cifra de abonados hasta finales de 1997, pese a ofrecer un servicio como el digital, tecnológicamente más avanzado y en un mercado en plena expansión- acreditan que las inversiones realizadas no se limitan a "garantizar las mismas condiciones" en que se venía prestando el servicio analógico sino a potenciarlo. A ello se añade que, en ningún caso, TELEFONICA o TSM hayan puesto de manifiesto ante la Delegación del Gobierno la existencia de problemas que impidieran garantizar el servicio

y que exigieran realizar nuevas inversiones.

Cabe, por tanto, apreciar la infracción de la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 1486/1994 que por su incidencia en el mercado, en los términos expuestos, falsea de manera sensible la competencia y afecta al interés público (art. 7 LDC).

Por otra parte, dicha conducta se realiza desde una posición de dominio tanto si se considera el mercado de la telefonía móvil, como si se limita a la telefonía móvil analógica -en la que TSM detentaba un derecho de exclusiva en virtud de las previsiones normativas vigentes- constituyendo un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC.

Madrid, 1 de marzo de 1999