

RESOLUCIÓN (Expte. R 394/99 MOB/Telefónica Móviles 4)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 20 marzo de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 394/99 (1653/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Distribuciones MOB S.A. (en adelante MOB) contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de octubre de 1999, por el que se sobreseyó parcialmente el expediente incoado como consecuencia de su denuncia contra Telefónica Servicios Móviles S.A. (en adelante TSM) por abuso de posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El escrito inicial de denuncia se basaba en que TSM, desde una posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil, incluyó a la denunciante y a otra empresa del Grupo (Autoradio Llompart) en una *lista negra de distribuidores*, con lo que prohibía a sus mayoristas el suministro de equipos de telefonía móvil (aparatos terminales digitales, analógicos y sus accesorios) a dichos distribuidores. Asimismo, MOB denunciaba a TSM por forzar la expulsión de MOB y las restantes empresas del Grupo Llompart de la central de compras Ataxa Group S.A.
2. Como resultado de la información reservada llevada a cabo, el Servicio consideró que se estaba produciendo un incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de distribución exclusivo del Servicio MoviStar, por lo que el cese en el suministro de terminales subvencionadas por parte de TSM

no suponía una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Por ello, el 10 de octubre de 1997, el Director del Servicio acordó el archivo de las actuaciones de la denuncia.

3. Por escrito de 24 de octubre de 1997 el denunciante interpuso recurso contra el mencionado Acuerdo de Archivo.
4. Por Resolución de 23 de diciembre de 1997 (Expte. r 263/97) el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante el Tribunal) resolvió estimar el recurso interpuesto por MOB contra el archivo de las actuaciones practicadas, y ordenó al Servicio la incoación de expediente sancionador para que, en primer lugar, investigara las discordancias de datos que se habían puesto de manifiesto en el expediente y, en segundo lugar, investigara si la práctica de TSM consistente en subvencionar las terminales suponía una conducta anticompetitiva.
5. Mediante escrito de 14 de octubre de 1999 el Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento parcial del expediente en lo relativo a la práctica de TSM de subvencionar terminales móviles digitales, al considerar que dicha práctica no infringía el art. 6 de la LDC.

Los argumentos esgrimidos por el Servicio son:

- a) *"El SDC vuelve a insistir en que la práctica de subvencionar terminales, dadas las actuales circunstancias del mercado de telefonía móvil, no es restrictiva de la competencia ni supone un menoscabo para la misma. Por el contrario, ha posibilitado un estímulo a la demanda del servicio de telefonía móvil, y actualmente se utiliza por la totalidad de operadores del citado servicio (TSM, AIRTEL y AMENA) en sus diversas modalidades (analógica, digital) como medio para impulsar la contratación del servicio de telefonía móvil".*
 - b) Dicha práctica resulta acorde con la normativa de telecomunicaciones, según el informe técnico elaborado por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (en adelante CMT).
 - c) La Dirección General de Competencia de las Comunidades Europeas no ha formulado reparos a dicha práctica.
6. El 3 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de D. Francisco Gilet Girart, en nombre de MOB, mediante el cual se interponía recurso contra

el Acuerdo de sobreseimiento parcial del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 14 de octubre de 1999.

Mediante escrito de 16 de noviembre de 1999, y ante el apercibimiento del Tribunal de que su escrito de 3 de noviembre de 1999 no cumplía con las exigencias de los arts. 110.1 b) y 70.1 b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por no especificar las razones de la impugnación del Acuerdo, la representación de MOB subsanó ese defecto.

7. Tras solicitar el Informe del Servicio, así como la remisión del correspondiente expediente, según el art. 48.1 LDC, y tras la oportuna remisión de ambos, el Tribunal, mediante Providencia de fecha 30 de noviembre de 1999, nombró ponente a D. Luis Martínez Arévalo y, en consecuencia con lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, abrió el trámite de alegaciones.
8. Con fecha 21 de diciembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de TSM en el que, esencialmente, se reiteraban los argumentos expuestos por el Servicio y la CMT en el sentido de que la subvención de las terminales móviles no había supuesto una restricción de la competencia.
9. Con fecha 30 de diciembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de la representación de MOB por el que se señalaba, esencialmente, que *las subvenciones cruzadas de TSM terminales móviles digitales* no habían sido objeto de investigación por el Servicio, que incumplía de esta manera las instrucciones del TDC.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló en sesión celebrada el 14 de marzo de 2000.
11. Son interesados:
 - Distribuciones MOB S.A.
 - Telefónica Servicios Móviles S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. MOB basa su recurso en que el Servicio, al considerar que la subvención es lícita y ajustada a Derecho, ha introducido un elemento nuevo sobre el que no ha tenido ocasión de pronunciarse. MOB considera asimismo que el Servicio se pronuncia sobre la pertinencia de subvención a terminales digitales y no sobre la existencia o no de subvenciones cruzadas, que considera constituye el motivo de su denuncia.

Debe recordarse al respecto que MOB, en su denuncia de 10 de julio de 1997, que inicia el expediente, no hace referencia alguna a la posibilidad de que la venta subvencionada de terminales por parte de TSM pueda constituir una práctica contraria a la LDC, limitándose a denunciar la inclusión de la empresa en la *lista negra*. Es el Tribunal, en el Fundamento de Derecho 6 (en adelante FD 6) de la Resolución de 23 de diciembre de 1997 (Expte. r 263/97, en la que se estima el recurso interpuesto por MOB ante la decisión de archivo inicial del Servicio, quien insta al Servicio para que investigue ese aspecto. En concreto, el citado FD 6 reza:

"En este expediente se ha puesto de manifiesto la existencia de unas prácticas comerciales consistentes en la subvención de terminales digitales, práctica que es realizada por quien es filial de Telefónica, que es monopolista en los servicios de telefonía de voz por hilo, y al mismo tiempo por el monopolista de los servicios de telefonía móvil por sistema analógico. A juicio de este Tribunal corresponde analizar si esas prácticas de subvencionar terminales resultan anticompetitivas como podría ocurrir, por ejemplo, si existieran subvenciones cruzadas procedentes del monopolista o la existencia de precios predatorios y, por lo tanto, la investigación que ha de realizar el Servicio debe extenderse a tales extremos".

El Servicio ha investigado ampliamente la posibilidad de que la práctica de estimular la suscripción de servicios de telefonía móvil mediante la oferta de unas terminales a precio inferior al de coste constituya una práctica anticompetitiva. La conclusión a la que se llega por tres cauces distintos, el informe de la Dirección de Competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas, el informe técnico de la CMT y las consideraciones propias sobre la estructura oligopolística del mercado, es negativa.

Es cierto que el Servicio no utiliza en ningún momento del Acuerdo de 14 de octubre de 1999 el término *subvenciones cruzadas*. Sin embargo, debe entenderse por tales aquellas que se realizan en el seno de la propia empresa, de forma que los resultados negativos de una determinada línea de actividad son financiados mediante los beneficios obtenidos en otra. Dado que el Servicio analiza la práctica de ofrecer terminales a precio inferior al de coste _y, por tanto, financiadas con los resultados obtenidos, o que se espera obtener en alguna otra área del negocio_ debe concluirse que, aun sin utilizar el vocablo *cruzadas*, el Servicio sí ha investigado ese tipo de subvenciones.

Cabría entender que podrían existir subvenciones cruzadas en el seno del grupo de Telefónica, de tal forma que la empresa matriz, Telefónica de España S.A., subvencionase las actividades de TSM. De haber sido así, tales subvenciones se manifestarían bien en la existencia de programas concretos

de apoyo a una determinada actividad de TSM, bien en la financiación general de los déficit en que hubiera incurrido esa segunda empresa. Respecto a la primera posibilidad, no existen en el expediente alegaciones ni datos que induzcan a pensar que haya sido puesta en práctica. Respecto a la segunda, es un hecho notorio, manifestado a través de la información pública relativa a su cuenta de resultados, que TSM obtuvo beneficios en el ejercicio en que tuvieron lugar los hechos, 1997. Dichos beneficios se ampliaron considerablemente en el ejercicio siguiente, que también podría considerarse afectado por la política de promoción de suscripciones a que hace referencia el expediente. En consecuencia, tampoco puede hablarse de la existencia de subsidios cruzados entre ambas empresas del grupo.

2. Por todo lo anterior, el Tribunal considera, en contra de lo que afirma el recurrente, que el Servicio ha realizado satisfactoriamente la investigación que le fue encomendada en el FD 6 de la Resolución de 23 de diciembre de 1997 (Expte. r263/97) por lo que es correcto el sobreseimiento parcial en lo relativo a este punto y debe desestimarse el recurso.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Desestimar el recurso interpuesto por D. Francisco Gilet Girart, en representación de Distribuciones MOB S.A., contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 14 de octubre de 1999 por el que se acordaba sobreseer parcialmente las actuaciones practicadas como consecuencia de la denuncia presentada por él mismo contra Telefónica Servicios Móviles S.A.; este Acuerdo queda, pues, confirmado.

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