

## **RESOLUCIÓN (Expte. 326/92)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:  
Fernández Ordóñez, Presidente  
Alonso Soto, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alcaide Guindo, Vocal  
de Torres Simó, Vocal  
Soriano García, Vocal  
Menéndez Rexach, Vocal  
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 7 de mayo de 1993.

Reunido el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores mencionados más arriba, para deliberar y fallar el expediente 326/92 (782/91 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncia del SINDICATO ASAMBLEARIO DE TRABAJADORES DE TELEFONICA (en adelante SINDICATO) contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (en adelante TELEFONICA); teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. D. Francesc José María Sánchez, como representante legal del SINDICATO formula denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia mediante escrito recibido en el Servicio el 2 de diciembre de 1991 en el que expone que TELEFONICA, con la excusa de regular la incompatibilidad empresarial de sus empleados, emite su "Instrucción Conjunta AF-032 sobre desarrollo y control de las disposiciones sobre concurrencia desleal" (en adelante Instrucción Conjunta), en la que establece la prohibición de participar en concursos de contratación promovidos por TELEFONICA a las sociedades que, siendo ajenas a su grupo, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:
  - sociedades en cuyo capital tengan participación superior al 10%:
  - empleados de Telefónica que tengan atribuida capacidad para adjudicar, o pertenezcan a la comisión de apertura de plicas o a la comisión de adjudicación de obras, servicios y suministros

o

- familiares de éstos con el parentesco de padres, hijos, cónyuge, hermanos, hijos de otro matrimonio, suegros y cuñados
- sociedades en las que el personal de Telefónica referido anteriormente, o sus familiares citados, desempeñen, por sí o por persona interpuesta, cargos de todo orden o pertenezcan a su Consejo de Administración u órganos rectores.
- Esta prohibición se hace extensiva a las entidades que excepcionalmente sean subcontratadas, previa autorización de Telefónica, por la sociedad adjudicataria, de acuerdo con lo establecido en el clausulado de los diferentes contratos-tipo.

El denunciante estima que la Instrucción Conjunta puede infringir lo establecido por la Ley 16/1989, ya que Telefónica ostenta una posición dominante en el mercado.

2. Tras la solicitud de información a TELEFONICA relativa a si han existido reclamaciones sobre el contenido de la Instrucción Conjunta y cuáles eran los mecanismos anteriores para evitar el posible favoritismo en la adjudicación de contratos, a la vista de las respuestas dadas por TELEFONICA, el Director General de Defensa de la Competencia adoptó el Acuerdo de 24 de marzo de 1992, por el que se archivaban las actuaciones.
3. Recurrido el citado Acuerdo por el denunciante ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, éste dictó Resolución de 15 de junio de 1992 en la que se resolvía estimar el recurso interpuesto por el SINDICATO e interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente.
4. El Servicio acordó la incoación de expediente bajo el número 782/91 - con el que se habían iniciado las actuaciones preliminares - mediante Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de 29 de junio de 1992, entendiéndose las actuaciones con TELEFONICA. Se publicó AVISO en el Boletín Oficial del Estado de 17 de agosto de 1992 y en el Boletín de Información Comercial Española correspondiente a la semana del 14 al 20 de septiembre de 1992.
5. El 1 de septiembre de 1992 el Instructor redactó el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción en los siguientes términos:

*"Teniendo en cuenta la documentación aportada al expediente y el resultado de las indagaciones practicadas, se desprenden los siguientes hechos:*

- *En Junio de 1991, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. publicó una denominada Instrucción Conjunta AF 032 sobre "Desarrollo y control de las disposiciones sobre concurrencia desleal". Se trata de una Instrucción de carácter interno.*
  
- *En dicha Instrucción, en su apartado 2, se dice textualmente: "... queda prohibida la contratación y participación en concurso promovidos por Telefónica a Sociedades ajenas al Grupo de Telefónica, cualquiera que sea su forma de constitución y negocio, en los que concurren al menos una de las características siguientes:*
  - *Sociedades en las que tengan una participación superior al 10% de su capital empleados de Telefónica que tengan atribuida capacidad para adjudicar, o que pertenezcan a la Comisión de Apertura de Plicas o a la Comisión de Adjudicación de Obras, Servicios y Suministros o familiares de éstos con el parentesco que se cita en el Anexo 1.*
  
  - *Sociedades en las que el personal de Telefónica referido anteriormente desempeña, por sí o por persona interpuesta cargos de todo orden o pertenece a su Consejo de Administración u órganos rectores, o familiares citados anteriormente.*
  
  - *Esta prohibición se hará extensiva a las entidades que, excepcionalmente, sean subcontratadas previa autorización de Telefónica por la Sociedad adjudicataria, de acuerdo con lo establecido en el clausulado de los diferentes contratos-tipo".*
  
  - *"Relación de familiares del empleado a los que afecta la incompatibilidad empresarial:*
    - *Padres.*
    - *Hijos.*
    - *Cónyuge.*
    - *Hermanos.*
    - *Hijos de otros matrimonio.*
    - *Suegros.*
    - *Cuñados."*

## VALORACION JURIDICA

*TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. es una compañía privada, si bien con ciertas peculiaridades de derecho público derivadas de la singular historia de este monopolio. TELEFONICA no puede dictar más que instrucciones internas de disciplina laboral o de incompatibilidades que afecten a su personal, pero no limitar preventivamente que otras empresas puedan contratar con ella, siendo además, como es, empresa que para una serie de servicios de Telecomunicación tiene una posición dominante en el mercado.*

*En consecuencia, se considera que la actuación de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. podría hallarse presuntamente incurso en la prohibición contenida en el artículo 6, apartados 2 a y 2 d de la Ley 16/1989."*

6. Tras las alegaciones de TELEFONICA, el Instructor dictó Providencia de 30 de octubre de 1992 por la que declara conclusas las actuaciones.
7. El 12 de noviembre de 1992 el Instructor redactó Informe en el que se concluye que la actuación de TELEFONICA infringe lo dispuesto en el artículo 6 apartados 2 a) y 2 d) de la Ley 16/1989 y se propone que el Tribunal así lo declare y adopte los pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la citada Ley. Con el conforme del Director General de Defensa de la Competencia de 16 de noviembre de 1992, el expediente se eleva al Tribunal que lo recibe el 25 de noviembre de 1992, acusando recibo en la misma fecha.
8. Mediante Auto de 1 de diciembre de 1992 el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el expediente y ponerlo de manifiesto a los interesados para que en el plazo de quince días pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
9. Mediante Auto de 18 de enero de 1993 el Pleno admitió la práctica de las pruebas propuestas por TELEFONICA, que debían ser aportadas en el plazo de diez días y denegó la celebración de vista solicitada por el denunciante.
10. Mediante Auto de 2 de marzo de 1993 el Pleno ordenó la incorporación al expediente del documento aportado por TELEFONICA, declaró a ésta decaída en su derecho a aportar certificación negativa de la existencia de exclusión o no inscripción en su registro de contratistas y declaró concluido el período probatorio, abriendo el plazo de diez días para alegaciones previsto en el artículo 40.3 de la Ley 16/1989.

11. Evacuados los trámites de alegaciones y conclusiones por parte de TELEFONICA y el de conclusiones por parte del SINDICATO, el Pleno del Tribunal ha procedido a la deliberación y fallo del expediente en su reunión del 4 de mayo de 1993.
12. Son interesados:
  - SINDICATO ASAMBLEARIO DE TRABAJADORES DE TELEFONICA
  - TELEFONICA DE ESPAÑA S.A..

En la tramitación de este expediente se han cumplido todos los preceptos legales.

Ha sido Ponente la Vocal Sra. Alcaide Guindo.

### **HECHOS PROBADOS**

1. En junio de 1991 el departamento de Relaciones Laborales y Asuntos Sociales de TELEFONICA publicó la denominada Instrucción Conjunta AF-032 que establece la prohibición de que determinados operadores económicos ajenos a su grupo - las sociedades en las que tengan participación superior al 10% del capital empleados de Telefónica, con ciertas competencias relacionadas con la contratación de dicha empresa y sus familiares (padres, hijos, cónyuge, hermanos, hijos de otro matrimonio, suegros y cuñados) y las sociedades en las que dicho personal o sus familiares desempeñen por sí o por persona interpuesta puestos de los órganos rectores - participen en concursos de contratación promovidos por Telefónica o resulten subcontratistas de las sociedades adjudicatarias de concursos resueltos por Telefónica.
2. La Delegación del Gobierno en TELEFONICA, órgano de vigilancia y control encargado de tramitar y resolver todo tipo de reclamaciones, no ha recibido reclamación alguna acerca del contenido de dicha Instrucción Conjunta.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El expediente en cuestión ha sido incoado por el Servicio como consecuencia de la Resolución de este Tribunal de 15 de junio de 1992 sobre el recurso planteado por el SINDICATO contra el Acuerdo de Archivo del Director General de Defensa de la Competencia de 24 de marzo de 1992 dictado por estimar que las normas combatidas parecen encaminadas a evitar la adjudicación de concursos a empresas en las que tuvieran

interés empleados de Telefónica con capacidad de decisión en dichas adjudicaciones, por lo que no sería de aplicación al caso la prohibición del artículo 1 de la Ley 16/1989.

2. La Resolución del Tribunal fue estimatoria del recurso no por considerar que TELEFONICA hubiera dictado una decisión que afectara a varias empresas dañando la competencia y prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, sino porque, al tener concedidos derechos exclusivos de prestación de servicios telefónicos, podría gozar de una posición de dominio en la adquisición de determinados bienes y servicios que la obligaría a no limitar preventivamente que otras empresas puedan contratar con ella.
3. Para concluir que TELEFONICA ha podido falsear la competencia mediante la aplicación de la Instrucción Conjunta combatida es necesario demostrar que ha perjudicado injustificadamente a algún suministrador de bienes o servicios en un mercado en el que TELEFONICA goce de posición de dominio como demandante. Que TELEFONICA sea monopolista o cuasimonopolista en diversos mercados de bienes y servicios de telecomunicaciones no presupone que sea monopsonista en todos los mercados de contratación de obras, servicios y suministros. Y solamente en aquellos sectores en que tenga poder de mercado como demandante podrá ser combatido su eventual comportamiento consistente en la exclusión de determinados operadores para su contratación de obras, servicios y suministros como prohibido por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.
4. De la instrucción practicada no puede concluirse nada respecto a la existencia de mercados en los cuales Telefónica actúa como monopsonista; ha quedado probado que la Delegación del Gobierno en TELEFONICA no ha recibido reclamaciones por la aplicación de la norma interna combatida, que podría desplegar sus efectos hacia otros operadores y por último no existe prueba alguna sobre si TELEFONICA ha rechazado o no la inscripción en su registro de contratistas de alguna empresa o empresas afectadas por la "incompatibilidad" descrita en la denuncia.
5. En estas circunstancias, el Tribunal sólo puede concluir que no existe prueba de abuso de posición de dominio porque ni se ha definido mercado alguno sobre el cual TELEFONICA ostente posición de dominio de demanda y tampoco se ha probado, ni siquiera alegado, que se haya comportado injustificadamente alterando las condiciones de competencia en dicho mercado indefinido.

6. Como ya puso de manifiesto la Resolución del Tribunal de 15 de junio de 1992, TELEFONICA tiene una peculiar situación y no puede limitar preventivamente que otras empresas puedan contratar con ella, puesto que no puede gozar de un poder normativo sobre el mercado de telecomunicación.

TELEFONICA puede llegar a los mismos resultados perseguidos por la Instrucción Conjunta combatida, simplemente determinando los casos en que su personal con capacidad de decisión tiene que abstenerse cuando se den las circunstancias en que pueda suponerse su interés personal en alguna empresa participante en un concurso o subasta.

7. Si TELEFONICA no modifica el contenido de la instrucción combatida se arriesga a que en un caso concreto se denuncie y se pruebe que es el único o el principal demandante en determinado mercado y que, con la exclusión de un operador, ha falseado las condiciones de la competencia en dicho mercado.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

### **RESUELVE**

Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de abuso de posición de dominio prohibido por los apartados 2 a) y 2 d) del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, imputada a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A..

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de su notificación.