

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 556/03 Telefónica/Retevisión)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 21 de noviembre de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M<sup>o</sup> Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 556/03 (2386/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Defensa de la Competencia, de 15 de enero de 2003, por el que se archivó la denuncia formulada por la entidad Telefónica de España S.A.U. contra Retevisión S.A. y Lince Telecomunicaciones S.A.U., por supuestas prácticas prohibidas por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 6 de mayo de 2002, D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica de España S.A.U., denunció ante el Servicio a Retevisión S.A. y Lince Telecomunicaciones S.A.U. (UNI 2) por supuestas conductas prohibidas por el art. 7 de la LDC. En concreto, los hechos que, básicamente, se exponen en la denuncia consisten en los siguientes:
  - Visitas a los usuarios por parte de comerciales de las entidades denunciadas, en nombre de Telefónica, los cuales, con el pretexto de realizar una encuesta o proponer un nuevo plan de descuento, obtienen la firma del titular de la línea, necesaria para poder realizar la preasignación en favor de cualquier operador distinto de Telefónica.

- La obtención por las denunciadas, de forma engañosa, de los datos personales y bancarios de los usuarios a efectos de poder girar las facturas correspondientes.
  - La falsificación de la firma de los usuarios en solicitudes de preasignación.
2. Con fecha 15 de enero de 2003 el Director General de Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo motivado, en el que se declara la procedencia del archivo de la denuncia, como consecuencia de considerar que, al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, no procedía la incoación de expediente.

Concretamente el Acuerdo señalaba que

*“Para aplicar el artículo 7 de la LDC, es condición necesaria que concurren tres circunstancias:*

- *que los actos denunciados sean desleales.*
- *que afecten gravemente las condiciones de competencia en el mercado.*
- *que afecten de modo sensible al interés público.*

*En el presente caso, aunque las prácticas denunciadas constituyeran actos desleales, el SDC entiende que no se cumplen los requisitos ii) e iii)... El efecto sobre Telefónica no parece grave... teniendo en cuenta que la preselección está ligada al servicio telefónico fijo y que en ese ámbito Telefónica es el operador dominante en el mercado nacional, las prácticas denunciadas no perjudicarían la competencia, sino que al favorecer el acceso al mercado de otros operadores, estarían, en todo caso, promoviéndola.*

*Estos argumentos no justifican la estafa, en caso de que exista, ni tampoco implican que el SDC proteja los actos desleales, sino que el SDC estima que, en caso de probarse que los actos son desleales, no existiría afectación sensible de la competencia en el mercado y no procedería abrir expediente por la LDC, sino que estos asuntos deberían ser solventados ante los tribunales ordinarios...*

*Por lo tanto, aún cuando las conductas denunciadas pudieran infringir la Ley de Competencia Desleal, el SDC no estima indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC. En consecuencia, procede archivar la denuncia conforme a lo establecido en el art. 36 de la LDC”.*

3. Contra dicho Acuerdo, la denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 7 de febrero de 2003, en el que básicamente muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y reitera los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.
4. Mediante escrito de 7 de febrero de 2003, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 13 de febrero de 2003, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.
5. Por Providencia del Tribunal de 17 de febrero de 2003 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escritos por la denunciante el 24 de marzo y el 17 de julio de 2003.
6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 8 de octubre de 2003.
7. Son interesados:
  - Telefónica España S.A.U.
  - Lince Telecomunicaciones S.A.U.
  - Retevisión S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.**

La recurrente impugna el Acuerdo de 15 de enero de 2003, del Director General de Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia por ella formulada, alegando como fundamento de su recurso, básicamente, lo siguiente:

- En primer término, señala que la decisión de archivo del Servicio es prematura y carente de fundamento, toda vez que no ha efectuado investigación alguna, acordando el archivo con base sólo a los hechos denunciados. Considera, por ello, que existe infracción del art. 36.3 de la LDC.

- De otro lado, la recurrente estima que el Servicio no ha valorado correctamente los elementos de hecho que constan en la denuncia. Así, afirma que, si bien es cierto que el Servicio ha considerado los efectos de las prácticas denunciadas desde el aspecto de los competidores de Telefónica, no lo ha hecho desde el punto de vista de los consumidores o usuarios, quienes se han visto seriamente perjudicados por la actuación de las denunciadas. Indica también que el Servicio se ha limitado a analizar la actuación de las denunciadas durante un determinado período de tiempo -desde septiembre de 2000 a junio de 2002- pero sin investigar si la actuación de las denunciadas ha continuado o no fuera de dicho período.
  
- Finalmente, alega que existe infracción del art. 7 de la LDC, y ello, por las siguientes razones: - porque es evidente que la actuación de las denunciadas (falsificación de firmas, engaño...) es desleal, siendo, además, la afectación o distorsión de la competencia grave pese a lo indicado por el Servicio, toda vez que las más de 220 cartas en principio presentadas por la denunciante, lejos de significar que sean los únicos casos que se han producido, lo que ponen de manifiesto es que no se trata de una conducta aislada de las denunciadas, sino de una estrategia en su actuación que el Servicio debería haber investigado. Por otro lado, afirma que el Servicio sólo ha tenido en cuenta el aspecto cuantitativo, y que debería haber considerado el aspecto cualitativo, es decir, que se trata de un mercado, el de la telefonía fija, en plena fase de introducción de la competencia, de manera que, si en dicha fase se está perjudicando a las empresas entrantes, se está debilitando la competencia.

Considera la recurrente que la conducta denunciada afecta también de manera sensible al interés público. Así, indica que el interés público que la LDC trata de proteger es la garantía de una competencia efectiva para que los consumidores puedan disfrutar de las ventajas de la misma y que, en el presente caso, con la actuación de las denunciadas se ha producido desconfianza en el proceso de la preasignación, eliminándose la capacidad de elección de los usuarios.

Por todo ello, la recurrente solicita la revocación del Acuerdo y que se ordene incoar expediente.

## **SEGUNDO.**

Antes de entrar en el examen del fondo del recurso debemos proceder a analizar la infracción procedimental alegada por la recurrente. A tal efecto, se ha de

indicar que el art 36.3 de la LDC señala que Ael Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia@. La doctrina de este Tribunal al respecto es clara: A la información reservada es un procedimiento previo no imprescindible en el caso de existencia de indicios suficientes y tiene la virtud de permitir al Servicio de Defensa de la Competencia descartar las denuncias que no tengan fundamento, a su juicio, descargándose de trabajo presuntamente inútil y es necesariamente sumario pues, de no serlo, carecería de sentido ya que se convertiría en un verdadero expediente sancionador@.

En el presente caso, el Servicio acordó con fecha 3 de julio de 2002 la apertura de una información reservada para aportar al expediente los documentos y justificaciones que se estimaron pertinentes, de manera que su decisión de archivo se produjo tras dicha información no existiendo, por tanto, menoscabo alguno de la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.

En consecuencia, difícilmente puede acogerse la primera alegación de la hoy recurrente.

### **TERCERO:**

Respecto del fondo del recurso, esto es, la existencia de prácticas desleales, ha de comenzarse indicando que el art. 7 de la LDC dispone que este Tribunal conocerá de los actos de competencia desleal, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y b) que esa grave distorsión afecte al interés público.

Es decir, la aplicación de dicho precepto exige decidir, una vez determinado si los hechos constituyen una forma de competencia desleal, si producen unos efectos perturbadores gravemente del funcionamiento del mercado, toda vez que, conforme a consolidada doctrina de este Tribunal, dicho precepto no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger directamente los intereses de los competidores perjudicados, sino que dicha norma persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado pues, como señala la Exposición de Motivos de la LDC, los objetivos de la misma se centran en garantizar una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario

al interés público, siendo compatible con las demás leyes que regulan el mercado.

En el presente caso, el Servicio ha archivado la denuncia porque, aunque los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de competencia desleal, considera que no afectan sensiblemente al mercado ni al interés público.

El Tribunal entiende que dicha valoración es correcta y acertada. En efecto, los hechos relatados, sin duda deplorables desde el punto de vista humano, no han producido perjuicio grave a la competencia, habida cuenta de las características del mercado donde operan los interesados, en el que la denunciante es el operador dominante, de manera que, si bien parece que, como consecuencia de la actuación de las denunciadas, ha habido una desviación de clientela en su propio provecho, también lo es que se trata de actos que no han trascendido de la relación de los sujetos interesados, no impidiendo la entrada de nuevos operadores y sin llegar a perturbar, como se señala en el Acuerdo impugnado, sensiblemente el mercado.

Procede, por tanto, declarar que no ha lugar para aplicar el art. 7 de la LDC, debiéndose confirmar el archivo de la denuncia, sin perjuicio de que la denunciante pueda ejercitar ante la Jurisdicción civil o penal las acciones que en protección de su interés le concede el Ordenamiento Jurídico.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

## **RESUELVE**

**Único.** Desestimar el recurso interpuesto por Telefónica España S.A.U. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 15 de enero de 2003, que confirmamos en todas sus partes.

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 en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.