

RESOLUCIÓN (Expte. r 323/98 Gematel/Telefónica Servicios Móviles)

Pleno

Excmos. Sres.:

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 19 de noviembre 1998

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la presente Resolución en el expediente r 323/98 (1811/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado como consecuencia del recurso de GEMATEL S.L. contra el Acuerdo, de 5 de junio de 1998, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó su denuncia contra TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. (TSM) por presuntas prácticas prohibidas de abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. GEMATEL suscribió con TSM el 12 de septiembre de 1995 un contrato de distribución exclusiva del Servicio de telefonía MOVISTAR y el día 28 del mismo mes otro del Servicio de telefonía MOVILINE .

Los contratos tenían una duración anual, prorrogable automáticamente por períodos iguales, salvo denuncia de las partes notificada con una antelación mínima de 90 días.

2. GEMATEL, cuya sede se encuentra en Madrid, cedió su denominación comercial a GEMATEL CANARIAS S.L., que opera en dicha Comunidad Autónoma como distribuidor del Servicio de telefonía móvil de AIRTEL.

El Director Territorial de TSM planteó a GEMATEL, en septiembre de 1997, que para continuar la actividad como distribuidor de sus servicios de telefonía,

GEMATEL CANARIAS debía resolver su compromiso con AIRTEL y contratar con TSM. GEMATEL se dirigió a GEMATEL CANARIAS, a tal efecto, con resultados negativos.

3. El 21 de noviembre de 1997 TSM notificó a GEMATEL la resolución de los contratos de distribución. El de distribución exclusiva del servicio MOVISTAR, al amparo de la cláusula 13.1 apartado segundo (incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato), y el de distribución del servicio MOVILINE, en virtud de la cláusula 12.1 apartado tercero (incumplimiento del número mínimo de conexiones definitivas fijado en el contrato). GEMATEL rechazó la existencia de tales incumplimientos.
4. TSM remitió un comunicado, a los que denomina colaboradores, informándoles de los distribuidores que han causado baja en la red de distribución -entre ellos GEMATEL- de MOVISTAR y MOVILINE, a fin de que no les suministren "ni terminales exclusivos, ni packs activa MOVISTAR, ni tarjetas SIM MOVISTAR".

Asimismo TSM se dirigió a empresas mayoristas comunicando la baja de GEMATEL en la red de distribución, para que no suministraran "terminales exclusivos MOVISTAR SIM-LOCK exclusivos MOVILINE (si corresponde), Packs Activa MOVISTAR y tarjetas SIM MOVISTAR".

5. GEMATEL presentó denuncia contra TSM por abuso de posición de dominio (art. 6.2.b) y e) LDC), que fue archivada por el Servicio, argumentando que el supuesto abuso consiste en la rescisión de los contratos de distribución, que TSM no tiene obligación de contratar por tiempo indefinido y que había denunciado el incumplimiento a GEMATEL para que lo subsanase, y que el motivo de la rescisión es la cesión de la denominación comercial a un distribuidor de AIRTEL estando justificado que TSM, habiendo suscrito un contrato de distribución exclusiva de telefonía digital, no permita que exista un distribuidor de una empresa competidora con el mismo nombre comercial. A su juicio, los hechos denunciados constituyen incumplimientos contractuales que deben resolverse ante los Tribunales ordinarios.
6. GEMATEL recurrió en tiempo y forma argumentando, en síntesis, lo siguiente:
 - El Servicio ha circunscrito el objeto de la denuncia a la rescisión de los contratos, presuponiendo que está justificada sin haber contrastado las manifestaciones de la denunciante ni haber instruido contradictoriamente un expediente, vulnerando el derecho a la tutela judicial.
 - Los hechos relatados en el Acuerdo del Servicio constituyen una

cuestión que debe ser resuelta por los tribunales ordinarios, pero el Servicio ha omitido el análisis del abuso de posición dominante por parte de TSM al dirigirse a sus colaboradores y a los distribuidores mayoristas prohibiéndoles que suministren terminales o cualquier otro producto de los servicios MOVISTAR o MOVILINE a GEMATEL.

7. El Servicio, en el informe emitido en virtud del artículo 48.1 LDC, se ratifica en su criterio de que la rescisión de los contratos es una cuestión a dilucidar ante la jurisdicción ordinaria, reiterando que está justificada en relación con el servicio de telefonía MOVISTAR por ser un contrato de distribución exclusiva incompatible con la cesión del nombre comercial a un distribuidor de AIRTEL, y en relación al Servicio MOVILINE por haberse incumplido la obligación acordada de no aprovechar la ventaja de distribuir tales productos para favorecer la venta de productos o servicios no aceptados expresamente por TSM (cláusula 9.2).

Asimismo estima que la comunicación de prohibición de suministro se refiere únicamente a productos correspondientes al contrato de distribución exclusiva rescindido, siendo la consecuencia inevitable de la previa resolución de los contratos y no constituyendo tal conducta abuso de posición de dominio.

8. TSM ha presentado las alegaciones que a continuación se resumen:
 - El motivo de la resolución de los contratos se encuentra en la conducta de GEMATEL de adquirir productos exclusivos de los servicios de telefonía móvil de TSM, cuya adquisición se apoya económicamente por ella, sin justificar posteriormente su utilización o destino gestionando las correspondientes altas en aquellos servicios. Sin perjuicio de ello, la cesión de la denominación comercial a GEMATEL CANARIAS es motivo suficiente para la rescisión. En todo caso, se trata de una materia contractual a dirimir ante la jurisdicción competente.
 - Resueltos los contratos, carece de sentido que se sigan suministrando productos exclusivos a precio reducido a un distribuidor que no puede gestionar las correspondientes altas en los servicios de telefonía móvil de TSM y sí disponer de ellos como considera oportuno. Ello no supone limitación alguna de la libertad de GEMATEL para adquirir terminales en el mercado libre pudiendo permanecer en el tráfico comercial, en el que mantiene convenios con AIRTEL.
9. GEMATEL ha presentado alegaciones en las que reitera sus argumentos sobre el abuso de posición de dominio. En relación con la rescisión de los contratos, admite que es una cuestión a resolver ante la jurisdicción ordinaria, si bien manifiesta que la rescisión tiene su origen en el hecho de no haber

conseguido que GEMATEL CANARIAS, empresa independiente aunque con el mismo nombre comercial, resuelva su contrato con AIRTEL, y que la causa de rescisión alegada por TSM para el Servicio MOVILINE no es la descrita en el Acuerdo del Servicio, sino la de haber incumplido el número mínimo de conexiones suscritas, causa que niega por haberse alcanzado con creces las 200 anuales que constituyen dicho mínimo.

10. Son interesados:

GEMATEL S.L.
TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La causa de la rescisión de los contratos de distribución suscritos por GEMATEL y TSM resulta controvertida, de acuerdo con los datos que obran en el expediente.

Así, en relación con el contrato de distribución exclusiva del servicio MOVISTAR, la causa de rescisión alegada en la notificación de TSM se remite, genéricamente, a lo dispuesto en la cláusula 13.1.2º, es decir, al "incumplimiento de las condiciones estipuladas" sin precisar cuál se ha incumplido. Sin embargo, de las alegaciones de TSM se desprende que la causa de la rescisión ha sido la de adquirir terminales exclusivos MOVISTAR, subvencionados por TSM para facilitar la adquisición, sin justificar su destino, ya que no se han gestionado las altas equivalentes en el servicio de telefonía móvil, aunque añade que la cesión de la denominación comercial a GEMATEL CANARIAS -distribuidor de AIRTEL en dicha Comunidad Autónoma- es también motivo suficiente para resolver el contrato.

Por su parte, el Servicio decretó el archivo por considerar que la cesión de la denominación comercial justifica la rescisión.

Por lo que se refiere al contrato de distribución del Servicio MOVILINE, que no tiene carácter exclusivo, la causa de rescisión alegada por TSM al comunicarla es el incumplimiento del número mínimo de conexiones definitivas. Posteriormente, en sus alegaciones, relata como causa de rescisión la antes citada para el Servicio MOVISTAR. El Servicio se circunscribe al análisis de la cesión del nombre comercial, a pesar de no ser éste un contrato en exclusiva.

No obstante las disparidades expuestas, la propia denunciante, hoy recurrente, estima que el litigio sobre licitud o no de la rescisión de los contratos es una "materia que deben conocer los tribunales ordinarios" (folio 2 expte. TDC).

De ello se desprende que la citada controversia no constituye el objeto propio del presente recurso, que queda circunscrito al posible abuso de posición de dominio de TSM consistente en la prohibición por parte de esta última compañía a todos sus colaboradores y a los mayoristas de que suministren cualquier tipo de material a la denunciante, limitando de este modo la producción, la distribución o el desarrollo técnico.

2. Delimitado el objeto del recurso en los términos expuestos, invoca la recurrente en favor de sus tesis el contenido de los documentos obrantes en los folios 68 y 69 del expediente en los que TSM, tal como se ha relatado en los antecedentes de hecho, comunica a sus colaboradores y a los mayoristas que deben cesar en el suministro de productos a una relación de empresas ente las que se encuentra GEMATEL.

Partiendo de esta base fáctica, alega que es de aplicación al presente caso la argumentación que funda la Resolución de este Tribunal, de 23 de diciembre de 1997 (Expte. r 263/97 MOB/Móviles), según la cual "...aún cuando la actuación de MOB supusiera el incumplimiento de contrato y constituyera una actuación dolosa, e incluso puede admitirse a efectos teóricos tipificada penalmente, no por ello se pueden permitir actuaciones comerciales tales como la elaboración de listas negras y el conseguir mediante presiones la expulsión de un operador de una central de compras. Estas actuaciones, que son difícilmente aceptables para cualquier operador, cuando la realiza quien se encuentra en posición de dominio puede suponer una infracción del artículo 6 LDC".

Sin embargo, la línea argumental alegada no puede considerarse aplicable al presente caso, dadas las diferencias existentes entre el caso analizado en la Resolución de 23 de diciembre de 1997 y el que es objeto de recurso.

En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el expediente r 263/97 (MOB/MOVILES) la comunicación efectuada por TSM a los colaboradores y mayoristas se circunscribe únicamente a los productos exclusivos de la citada empresa, quedando en libertad para suministrar a GEMATEL los productos necesarios para operar en el mercado de telefonía móvil que comercialicen otros operadores distintos de TSM.

Se desprende esta afirmación de los documentos foliados con los números 68 y 69, invocados por la recurrente, en los que se limita la prohibición de suministro a los "terminales exclusivos" "packs activa MOVISTAR" y "tarjetas SIM MOVISTAR" (folio 68), y a los "terminales exclusivos MOVISTAR SIM-LOCK y exclusivos MOVILINE (si corresponde)", así como "Packs Activa MOVISTAR y Tarjetas SIM MOVISTAR" (folio 69).

Al haberse producido previamente la rescisión de los contratos de distribución entre TSM y GEMATEL, la prohibición de suministro de los productos exclusivos de TSM -entre los que se encuentran terminales de telefonía subvencionados por ésta- no puede ser considerada como un abuso de posición de dominio en el mercado, sino como una consecuencia inherente a la rescisión. Por ello, el recurso debe ser desestimado, sin perjuicio de la decisión que pueda recaer sobre la rescisión de los contratos por parte de los órganos de la jurisdicción civil.

En consecuencia, el Tribunal

RESUELVE

Único. Desestimar el recurso interpuesto por GEMATEL S.L. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 5 de junio de 1998, por el que se archivó la denuncia presentada contra TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A., por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

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