

RESOLUCIÓN (Expte. r 321/98, Mob/Telefónica 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 29 de julio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 321/98 (número 1653/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por D. Francisco Gilet Girart, en representación de Distribuciones MOB S.A., contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de mayo de 1998 por el que se denegaba la propuesta de medidas cautelares en el expediente sancionador por denuncia del recurrente contra Telefónica Servicios Móviles S.A. por inclusión de MOB en una denominada "lista negra" de distribuidores de los servicios Moviline y Movistar.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- En fecha 10 de julio de 1997 D. Francisco Gilet Girart, actuando en representación de Distribuciones MOB S.A. (MOB), formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) contra Telefónica Servicios Móviles S.A. (TSM). Los hechos denunciados tienen su origen en los contratos de distribución en exclusiva de Movistar y Moviline de 29 de septiembre de 1995.

El día 14 de febrero de 1997 Telefónica Móviles remitió un fax a distintos proveedores de aparatos terminales, del siguiente tenor literal:

"Abajo os relaciono cómo queda la lista negra de distribuidores después de las últimas modificaciones, de tal manera que a los siguientes distribuidores no puede salir ningún equipo, ya que está comprobado que están sacando

terminales al extranjero:

.....
Distribuciones MOB."

- 2.- MOB pertenece a una central de compras denominada Ataxa Group S.A. En fecha 2/6/97 TSM se dirige a Ataxa pidiendo que se reúnan "de manera inmediata" para decidir sobre si el Sr. Llompart Gelabert (Distribuciones MOB) es o no "exponente del promedio moral existente en Ataxa", añadiendo que "la simpatía profesional" hacia el Grupo Ataxa "se verá inexorablemente afectada por la calidad de la decisión adoptada".

Como consecuencia de la reunión celebrada, el Grupo Ataxa decidió suspender sus relaciones comerciales como central de compras con Distribuciones MOB S.A. y las restantes empresas del grupo.

- 3.- El Servicio abre una información reservada y se dirige a TSM en demanda de información. En respuesta a esta comunicación, TSM informa que Distribuciones MOB pertenece a un Grupo en el que se incluyen otras empresas tales como Cedula Line S.L., Autorradios Llompart y Zonafone y que las terminales adquiridas por dicho Grupo, al menos en el período enero-mayo de 1997, estaban subvencionadas en la cuantía de 15.900 ptas. por terminal. En el indicado período las empresas del Grupo Llompart adquirieron 19.383 terminales y solamente produjeron 3.209 altas y con estos datos se deduce que MOB ha procedido a lo que TSM denomina "exportación ilegítima de terminales".
- 4.- Con estos antecedentes, en fecha 10 de octubre de 1997 el Servicio adopta un Acuerdo por el que se archivan las actuaciones que tuvieron lugar como consecuencia de la denuncia presentada por don Francisco Gilet en representación de Distribuciones MOB S.A.
- 5.- Contra este Acuerdo el denunciante presentó recurso (Expte. r 263/97) ante el Tribunal que, en fecha 23 de diciembre de 1997, dictó una Resolución por la que se admitía el recurso en los siguientes términos:

"Estimar el recurso interpuesto por don 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 10 de octubre de 1997 por el que se acordaba archivar las actuaciones practicadas como consecuencia de la denuncia presentada por él mismo contra Telefónica Servicios Móviles S.A. y, en consecuencia, ordenar al Servicio que proceda a la apertura del expediente para, en primer lugar, investigar las discordancias de los datos que se han puesto de manifiesto en el expediente y que se han recogido en esta Resolución; en segundo lugar, para que

investigue si la práctica de Telefónica Servicios Móviles S.A. consistente en subvencionar terminales digitales supone una conducta anticompetitiva; y, finalmente, para que formule Pliego de Concreción de Hechos a Telefónica Servicios Móviles S.A. por la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por la elaboración de listas negras de distribuidores y las presiones para expulsar al recurrente de la central de compras a la que pertenecía, así como cualesquiera otras que resulten de la instrucción que se practique.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia - con devolución del expediente tramitado en el mismo, dejando copia en este expediente de recurso- y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno y, en su caso, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que, en su momento, dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia."

- 6.- Tras la devolución del expediente al Servicio, el 25 de marzo de 1998 MOB S.A. solicitó la adopción de medidas cautelares en los siguientes términos:

"Que se ordene a Telefónica Servicios Móviles S.A. el levantamiento de la prohibición de venta dirigida a los proveedores de aparatos terminales digitales y analógicos y sus diferentes accesorios; prohibición de venta de la cual es directa afectada Distribuciones MOB S.A. y las restantes empresas del Grupo Llompart desde febrero de 1997, con la fijación de las garantías complementarias que estime pertinentes".

- 7.- Ante tal solicitud la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo en fecha 14 de mayo de 1998 en el que declaró que no consideraba necesario elevar la propuesta de las citadas medidas cautelares, ya que no concurría uno de los requisitos necesarios para su adopción, consistente en el "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, ya que parece existir un incumplimiento del contrato de distribución exclusiva firmado entre TSM y MOB por parte de esta última.
- 8.- Contra el Acuerdo de denegación de la propuesta de medidas cautelares, Distribuciones MOB S.A. interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En su escrito el recurrente rechazaba los argumentos del Servicio y alegaba la concurrencia de los requisitos de "fumus boni iuris" y "periculum in mora".
- 9.- Recibido el recurso en el Tribunal el 11 de junio de 1998, el día siguiente se reclamó del Servicio la remisión del expediente y del correspondiente informe. En fecha 17 del mismo mes el Servicio remite el informe en el que realiza una

serie de consideraciones relativas a la inexistencia de una central de compras y al hecho de que TSM ha resuelto el contrato con MOB en fechas 9 de mayo de 1998 (Movistar) y 14 de mayo de 1998 (Moviline). Con independencia de estos argumentos, se insistía en la inexistencia del "fumus boni iuris".

- 10.- En fecha 19 de junio de 1998 el Tribunal dictó una Providencia para alegaciones. El 13 de julio siguiente TSM presentó su escrito de alegaciones en el que se mostraba conforme con el Acuerdo del Servicio, al tiempo que manifestaba que en la actualidad MOB era distribuidora de Airtel. El día 17 del mismo mes formuló sus alegaciones Distribuciones MOB S.A. en el que, entre otros extremos relativos a la existencia o inexistencia del incumplimiento del contrato, manifestó que la resolución de su contrato con TSM había sido instada por ellos mismos con anterioridad a que lo hubiera hecho TSM.
- 11.- El Pleno del Tribunal, en su reunión del día 24 de julio de 1998, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargado su redacción al Vocal Ponente.
- 12.- Son interesados:
 - Distribuciones MOB S.A.
 - Telefónica Servicios Móviles S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En los diversos escritos de los interesados, así como en el Acuerdo recurrido y en el informe que el Servicio ha emitido sobre el recurso, se plantean diversas cuestiones que, si se analizan detenidamente, solamente se pueden analizar cuando se delimita aquello que constituye el núcleo central de la cuestión debatida. Hay que señalar que en un expediente en el que se analiza la procedencia o improcedencia de unas medidas cautelares no se está analizando el posible incumplimiento culpable de quien solicita medidas cautelares ni si Ataxa Group S.A. es un mayorista o una central de compras (indiciariamente parece desprenderse que se trata de un mayorista que simplemente vende a quienes son sus socios, y si es o no una central de compras puede llegar a constituir simplemente una cuestión de denominaciones sin trascendencia a estos efectos), o discutir acerca de quién ha adoptado la iniciativa de resolver el contrato entre MOB y TSM. Ni tan siquiera se debe analizar "ab initio" si concurre el requisito de "fumus boni iuris" o, si se quiere, de "fumus delicti commissi" -ya que se trata de unas medidas cautelares adoptadas en un expediente sancionador- sin antes realizar otras consideraciones.

A tales efectos, el primer análisis que debe realizarse consiste en determinar

si las medidas que se solicitan son factibles o no en las circunstancias actuales, ya que, si la respuesta resulta negativa, cualquier otro análisis que se efectúe ha de resultar innecesario.

- 2.- La medida cautelar que solicitó, en su día, el recurrente y en la que insiste por medio del presente recurso consiste en que TSM proceda al "levantamiento de la prohibición de compra de equipos terminales de telecomunicacióny sus accesorios". Con independencia del hecho de que Telefónica Servicios Móviles no ha emitido una auténtica prohibición, sino que ha incluido al recurrente en una lista negra y ha realizado presiones para que fuera expulsado de Ataxa Group S.A., hay que determinar cuál es el alcance de tales medidas.

Hay que entender, porque no otra cosa se desprende de las actuaciones, que TSM ha realizado determinadas presiones para que no se vendieran terminales de Movistar y Moviline al recurrente. En consecuencia, la primera de las cuestiones que debe ser analizada consiste en determinar si tiene sentido adoptar una medida cautelar consistente en ordenar a TSM que notifique a los mayoristas que pueden seguir vendiendo tales terminales y sus accesorios a MOB y demás empresas que componen el Grupo Llompart.

Es necesario tener en cuenta, para responder a tal pregunta, que tanto MOB como TSM han adoptado determinadas iniciativas para resolver el contrato de distribución de Movistar y Moviline. Si a ello se añade que, al parecer, MOB en la actualidad está actuando como distribuidor de Airtel, es necesario llegar a la conclusión de que carece de sentido adoptar una medida cautelar que consiste en remover los obstáculos para que se le suministren a MOB terminales para uso Movistar o Moviline, que ya no distribuye. Como quiera que tal así ocurre, sin necesidad de otras averiguaciones ni comprobaciones, hay que llegar a la conclusión de que las medidas cautelares solicitadas carecen de sentido.

- 3.- Otra cosa podría ocurrir si, como consecuencia de las conductas de TSM que el Servicio está investigando en cumplimiento de la Resolución de este Tribunal de 23 de diciembre de 1997, MOB y las empresas del Grupo Llompart estuvieran sufriendo otras consecuencias consistentes en impedirles o dificultarles su actividad comercial en otros apartados diferentes a los anteriores. Si como consecuencia de figurar en una lista negra de TSM o de las presiones efectuadas sobre Ataxa, por ejemplo, no pudiera adquirir terminales Airtel o bien otras mercancías ajenas a los servicios de TSM, en tal supuesto cabría plantearse si concurren los requisitos para la adopción de medidas cautelares, tales como el "fumus delicti commissi", en su caso el "fumus boni iuris" o el "periculum in mora". Pero, como quiera que nada de eso se ha afirmado en este expediente, no es posible que el Tribunal se

pronuncie, en este momento, sobre tales extremos y debe desestimarse el recurso interpuesto.

Vistos los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por Distribuciones MOB S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 14 de mayo de 1998 por la que se deniega la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.