

RESOLUCIÓN (Expte. R 263/97. Mob/Móviles)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

En Madrid, a 23 de diciembre de 1997.

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 RESOLUCION en el Expediente r 263/97 (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 10 de octubre de 1997 por el que se archivaban las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por el recurrente contra Telefónica Servicios Móviles S.A. por conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la 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., formula denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) contra Telefónica Servicios Móviles S.A. 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."

En los contactos que se produjeron, TSM propuso autorizar a MOB la adquisición de terminales exclusivos Movistar, siempre que se comprometieran a determinadas obligaciones, entre ellas que Telefónica se reservaba la posibilidad de repercutir la comisión desde su origen y proceder a su facturación en el caso de que los equipos exclusivos no hayan sido utilizados siguiendo la instrucción.

MOB admite asumir las obligaciones que se le exigen pero sólo para los equipos adquiridos a partir de la fecha de la carta. Telefónica Móviles no contesta a esa nueva propuesta.

- 2.- MOB pertenece a una central de compras denominada Ataxa Group S.A. En fecha 2/6/97, TM 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 Cедular 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 el indicado Acuerdo el denunciante presentó recurso ante el Tribunal por medio de escrito que tuvo su entrada el 24 de octubre del mismo año. El Tribunal solicitó del Servicio el correspondiente Informe y el envío del expediente y, una vez remitidos, en fecha 4 de noviembre dictó una Providencia concediendo a los interesados plazo para alegaciones.

- 6.- Dentro del plazo al efecto concedido formularon alegaciones Distribuciones MOB S.A. y Telefónica Servicios Móviles S.A., insistiendo cada uno de estos interesados en sus posiciones respecto a la procedencia o improcedencia de la denuncia.
- 7.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló en su reunión del día 11 de diciembre, encargando al Vocal-Ponente la redacción de la presente Resolución.
- 8.- Son interesados:
 - Distribuciones MOB S.A.
 - Telefónica Servicios Móviles S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- El presente recurso se contrae a la necesidad de determinar si la actuación de Telefónica Servicios Móviles S.A. (TSM) vulneró algunos de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia al incluir a Distribuciones MOB S.A. (MOB) en una lista negra de distribuidores a los "que no se le puede vender ningún equipo" y al realizar determinadas presiones a la central de compras Ataxa Group S.A. para que tanto MOB como las restantes empresas del Grupo Llompart fueran expulsadas.

El denunciante considera que tales conductas suponen la infracción de los artículos 1, 6 y 7 LDC, por lo que es preciso realizar ciertas consideraciones previas antes de entrar a considerar si el recurso debe ser admitido.

Desde el inicio de tales consideraciones cabe afirmar que no es posible hablar de la infracción del artículo 1 LDC por cuanto que la conducta tipificada en ese precepto exige que sea una conducta realizada por dos o más sujetos, bien mediante acuerdos, bien mediante decisiones o recomendaciones de una Asociación empresarial u otra entidad que englobe en su seno a diferentes operadores independientes entre sí. En este supuesto se trata de una conducta unilateral de TSM y, por lo tanto, no puede considerarse que exista la infracción del precepto contenido en el artículo 1 LDC.

- 2.- Para analizar si existe posible infracción del artículo 6 LDC hay que analizar si el autor tiene posición de dominio en un mercado determinado. Puesto que se trata del mercado de teléfonos móviles, hay que tener en cuenta que en estos momentos TSM tiene dos autorizaciones para actuar, respectivamente, en el campo de la telefonía analógica (Moviline) y digital (Movistar), mientras que existe una segunda empresa (Airtel) que dispone

de una licencia para operar en el campo de la telefonía digital. Sin necesidad de entrar en mayores precisiones -no se puede olvidar que nos encontramos en un expediente de recurso contra un Acuerdo de archivo dictado por el Servicio- es preciso recordar que el Tribunal ha declarado con datos referidos al año 1996 que Telefónica tiene posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil, posición de dominio que persiste aún en el supuesto de que se considerara que el mercado relevante de producto es el de la telefonía digital (Resolución de 18 de julio de 1996. Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica).

- 3.- Establecida la posición de dominio, corresponde analizar si las conductas denunciadas revisten las características para ser calificadas, aun cuando sea indiciariamente, como abusivas.

El Servicio considera en el Acuerdo recurrido que la actuación de MOB supone el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de distribución del servicio Movistar con relación de exclusividad. Esta actuación consiste en haber adquirido desde enero a mayo de 1997 un total de 19.383 terminales para el servicio Movistar que gozaban de una subvención que asciende a 15.900 pesetas por unidad y haber producido exclusivamente 3.209 altas en el indicado servicio, lo que implica un desfase de 16.714 terminales subvencionados de cuyo destino no se tiene constancia.

Existen, en opinión del Tribunal, suficientes argumentos como para poner en cuestión esta afirmación del Servicio que fundamenta el Acuerdo de archivo. En primer lugar, se parte de datos que no están suficientemente contrastados por una instrucción contradictoria, instrucción que no se ha realizado. No existe explicación aparente para el hecho, puesto de manifiesto por el recurrente, de que el cómputo de adquisiciones se realice durante el período enero-mayo de 1997, mientras que la inclusión de MOB en la lista negra de TSM se había realizado el 14 de febrero del mismo año. También existe una discordancia entre las cifras facilitadas en el expediente por TSM sobre los terminales adquiridos mientras que en la carta de TSM dirigida a MOB en fecha 13 de octubre de 1997 (incorporada al expediente de recurso por el recurrente) se habla de que las terminales adquiridas por MOB y su agente durante el indicado período eran aproximadamente 6.002 terminales, habiéndose producido solamente 2.640 altas, por lo que reclaman información al respecto. Finalmente se ha dado por bueno, sin suficiente confirmación, que se había producido una exportación ilegal de terminales subvencionados y en esa conducta del denunciante se amparaba la conducta de TSM.

4.- Con independencia de que todos esos extremos deben ser objeto de comprobación, no aceptando sin más las afirmaciones de TSM, máxime cuando esta empresa está procediendo a comprobar sus propios datos, como se demuestra por el contenido de la carta de 13 de octubre de 1997, posterior al Acuerdo de archivo, tampoco comparte el Tribunal la apreciación jurídica que realiza el Servicio.

En el Acuerdo recurrido se acepta que la actuación de MOB supone el incumplimiento de un contrato y que ello justifica determinadas actuaciones de tanta gravedad como la inclusión de un distribuidor en unas listas negras y el cese inducido de sus relaciones comerciales con la central de compras a la que pertenecía. Ni uno ni otro extremo pueden ser aceptados sin más.

En primer lugar, si se ha producido un incumplimiento, TSM debería haber instado la resolución del contrato, actuación de la que no existe constancia como indica el Servicio en el punto 6 del Acuerdo recurrido. Pero, si existen o no causas para la resolución de un contrato es algo que no corresponde decidir a los órganos de defensa de la competencia pues, de hacerlo así, se estaría sustrayendo la competencia de los órganos jurisdiccionales. Sin entrar a considerar la cuestión en profundidad, puede afirmarse que no resulta carente de lógica la argumentación del recurrente cuando afirma que si TSM le exige para salir de la lista negra la firma de una carta con asunción de nuevas obligaciones, es que tales obligaciones no existían en el contrato primitivo y, por lo tanto, no se puede afirmar con rotundidad que la conducta de MOB suponga el incumplimiento del contrato que dé lugar a su resolución.

Pero, por otra parte, aun cuando la actuación de MOB supusiera el incumplimiento del contrato y constituyera una actuación dolosa -e incluso puede admitirse a efectos teóricos tipificada penalmente-, no por ello se puede 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 las realiza quien se encuentra en posición de dominio puede suponer una infracción del artículo 6 LDC. Para resaltar la gravedad de la conducta cabe indicar que, si el posible incumplimiento afecta a la distribución de Movistar, las consecuencias en la distribución de Moviline tienen las características de auténtica represalia.

Hay que recordar en este punto la doctrina de este Tribunal acerca de que una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no ostentan tal posición (Resoluciones de 17 de marzo de 1992 -Expte. 272/90, Repsol-Butano-; de 5 de noviembre de 1992 -Expte. 316/92, Ascensores- y 18 de julio de 1996 -Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica-).

En definitiva, no resulta admisible la reacción de quien se encuentra en posición de dominio, cuando considera que sus legítimos derechos han sido vulnerados, de elaborar listas negras o forzar la expulsión de una central de compras, pues tal conducta equivale a tomarse la justicia por su mano.

- 5.- El recurrente considera que la denunciada ha infringido igualmente el artículo 7 LDC. A este respecto corresponde analizar si nos encontramos ante un supuesto de concurso de conductas de abuso de posición dominante y de deslealtad y, si en tal supuesto, el abuso absorbe a la deslealtad. A tales efectos corresponde aplicar la doctrina contenida en la Resolución de este Tribunal de 30 de diciembre de 1991 (Expte. 295/91, Bombas de cobalto) según la cual hay que aplicar el tipo del artículo 7 LDC cuando la conducta seguiría siendo anticompetitiva en el supuesto de que su autor no se encontrara en posición de dominio. En este supuesto existen unas conductas que pueden considerarse como objetivamente contrarias a la buena fe, pero sus efectos anticompetitivos se producen porque han sido realizados por quien se encuentra en posición de dominio y, por ello, no puede hablarse de infracción del artículo 7 LDC.
- 6.- 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.
- 7.- La presente Resolución, que estima un recurso, constituye un acto de mero trámite que exclusivamente significa que ha de iniciarse un expediente en el que han de tener participación tanto la denunciada como los demás interesados. No se trata, en consecuencia, de un acto definitivo ni es susceptible de causar indefensión, por lo que contra el mismo no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que, en su día, pueda interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución definitiva en vía administrativa que pueda recaer en el expediente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

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.