

## **RESOLUCIÓN (Expte. A 23/92)**

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

En Madrid, a quince de junio de mil novecientos noventa y dos.

Visto por el Pleno de este Tribunal de Defensa de la Competencia, compuesto por los señores del margen, el recurso seguido con número A 23/92 contra Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia archivando las actuaciones por él seguidas con el número 782/91, y teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. En 29 de noviembre de 1.991 el Letrado D. Francesc José María Sánchez, en representación del Sindicato Asambleario de Trabajadores de Telefónica (inscrito en el Ministerio de Trabajo con el número 2.678, el 20 de julio de 1.982), formuló denuncia contra Telefónica de España, S.A. (en adelante, Telefónica) porque en Instrucción interna conjunta AF-032 de esta última, de julio de 1.991, sobre desarrollo y control de disposiciones sobre concurrencia desleal, prohíbe la contratación y participación en concursos promovidos por Telefónica a sociedades en las que tuvieran una participación superior al 10% del capital empleados de la misma Telefónica --con atribuciones para adjudicar los concursos de obras, servicios o suministros o pertenezcan a la Comisión de apertura de plicas o de adjudicación-- y/o sus familiares, e igualmente se prohíben las mismas actividades a sociedades en que desempeñen cargos de todo orden la misma clase de personal de Telefónica o sus familiares, explicándose en anexo de la Instrucción que entre estos familiares se encuentran los padres, hijos, cónyuges, hermanos, hijos de otro matrimonio, suegros y cuñados, por todo lo cual estimaba el denunciante que se restringía a numerosas personas el contratar con Telefónica, por lo que esta empresa, que ostenta una absoluta posición de dominio en el mercado, podría infringir el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

2. El Servicio acordó, inmediatamente después de recibir la denuncia, realizar una información reservada oficiando a este fin a Telefónica sobre si había habido reclamaciones sobre la Instrucción expresada en la denuncia y sobre cómo se controlaban anteriormente posibles favoritismos en adjudicaciones de contratos. Una vez recibida la contestación de Telefónica --manifestando que, según la Delegación del Gobierno en la misma, desde que se había dictado la Instrucción objeto de denuncia no había tenido lugar ninguna reclamación y que, anteriormente, se aplicaba un sistema de considerar falta grave para los empleados realizar actividades profesionales que supongan concurrencia- el Servicio, mediante Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 24 de marzo de 1.992, acordó el archivo de lo actuado, explicando en la notificación del Acuerdo al denunciante que podía contra él interponer recurso ante este Tribunal, lo que efectuó dentro de plazo.
3. Presentado recurso ante este Tribunal de Defensa de la Competencia, tras remitirse informe preceptivo del Servicio, se puso lo actuado de manifiesto durante quince días hábiles al denunciante y a Telefónica habiendo éstos presentado sendos escritos: el del primero, pidiendo se diera lugar al recurso y el de Telefónica, pidiendo la ratificación del Acuerdo impugnado.

**VISTO**, el 21 de mayo de 1.992, siendo Ponente el Vocal D. Joaquín Martín Canivell.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El denunciante y recurrente mezcla diversos puntos: estima que Telefónica, por un lado, tiene una posición dominante, lo cual es cierto para la mayoría de los servicios telefónicos en España, pero también dice que en la Instrucción prohibiendo contratar con Telefónica, ésta infringe el artículo 1º de la Ley (y no el 6º al que se refiere la posición dominante) y es claro que la empresa denunciada, al dictar su Instrucción de régimen interno, ni realizó un acuerdo con otras, ni dictó una decisión que afectara a varias empresas, sino, tal vez, una actuación desde su posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones.

Las medidas tomadas por Telefónica prohibiendo contratar a ciertas personas y sus parientes o a sociedades de las que formen parte y que se encuentren en relaciones que puedan determinar intereses contradictorios con los de la Compañía Telefónica, teniendo un propósito absolutamente elogiable, no son la forma correcta de prevenir que se den casos de colusión, favoritismo y prevaricación o abusos en daño de la Compañía.

2. La Compañía Telefónica tiene una peculiar situación por haberle el Estado concedido desde hace casi cincuenta años la prestación de servicios telefónicos en España, con ciertas peculiaridades para una empresa privada como la posibilidad de ser beneficiaria de expropiaciones forzosas para ocupar espacios necesarios para sus servicios, intervención estatal en sus presupuestos y control también estatal de sus tarifas y teniendo la especialidad de existir en su organización un Delegado del Gobierno.

No obstante, es patente también que 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. Lo contrario sería atribuirle un poder normativo sobre el mercado de telecomunicación.

Es improbable que las normas que le son aplicables puedan permitir que se adopten e impongan criterios como el adoptado en la Instrucción a que se refiere el recurso. La Ley 31/1.987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, en su disposición adicional segunda, 5, distingue entre servicios que Telefónica puede prestar en régimen de concurrencia y en régimen de monopolio. No distingue la Instrucción AF-O32 entre contratos o concursos que tuvieran la finalidad de contratar con respecto a unos u otros y, de otro lado, aunque la posición de dominio del mercado se hubiera establecido por una disposición legal, el artículo 6.3 de la Ley 16/1.989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que, aun así, queda prohibida la explotación abusiva de la posición de dominio, por todo lo cual parece que hay base en el caso presente para estimar el presente recurso e interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente.

3. En conclusión, "Telefónica de España S.A.", es una Compañía privada, no obstante tener ciertas peculiaridades de derecho público, producto de la historia singular de este monopolio.

De ahí que la redacción dada a este precepto, no sea atendible en términos de derecho de la competencia. Otra cosa sería que la redacción que se diera consistiera simplemente en el establecimiento de una causa de abstención por parte de sus empleados encargados de la apertura de las plicas o de decidir concursos convocados por Telefónica. Si así fuera, nada habría de reprochable en una norma que pretende un objetivo saludable y perfectamente admisible. Es el estatuto subjetivo del empleado, y sólo eso, lo que puede regularse a través de estos reglamentos internos o instrucciones, pero sin que puedan tener efecto externo que pueda constituir una barrera para el acceso

al mercado de determinados operadores, inclusive en casos en que hayan de sumarse muchas circunstancias para que pueda incurrirse en ellos, como es el supuesto que ahora nos ocupa.

**VISTOS** los preceptos aplicables, el Tribunal

### **RESUELVE**

1. Estimar el recurso interpuesto por el Sindicato Asambleario de Trabajadores de Telefónica, representado por el Letrado D. Francesc José María Sánchez, contra el Acuerdo de archivo de actuaciones de 24 de marzo de 1.992, adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia, con motivo de la denuncia del anteriormente dicho Sindicato contra Telefónica de España S.A.
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente a cuyo efecto comuníquese esta Resolución para que proceda conforme se acuerda.

Notifíquese esta Resolución a D. Francesc José María Sánchez, representante del Sindicato Asambleario de Trabajadores de Telefónica y a Telefónica de España S.A. haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar del siguiente día a haberles sido notificada.