

RESOLUCIÓN (Expte. Mc 18/96 Servicom/Telefonica)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 4 de febrero de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expte. MC 18/96 incoado en virtud de la propuesta hecha por el Servicio de Defensa de la Competencia del que se adoptan determinadas medidas cautelares en el expediente 1143/96 que se tramita en dicho Servicio por denuncia formulada por SERVICIOS DE INFORMACION INTERACTIVOS (SERVICOM) contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (TELEFONICA), TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A. (TTD), TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. (TSAI), y SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 7 de agosto de 1996, D. Virgilio Oñate de Mora, en nombre y representación de SERVICOM y en su condición de Presidente de la misma, formuló denuncia contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. y sus filiales, TSAI S.A., TELELINE S.A. y TELEFONICA TRANSMISIÓN DE DATOS S.A., por comisión de conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia y, en concreto, en los arts. 6 y 7 de la misma.
2. Mediante escrito de fecha 30 de octubre de 1996, SERVICOM complementa su denuncia y solicita la adopción de medidas cautelares. Acompaña a su escrito diversa documentación, fundamentalmente anuncios de prensa de las denunciadas, así como una carta de denuncia dirigida a la DG-IV de la Comisión.

3. Mediante escrito de 12 de noviembre de 1996, SERVICOM acompaña resolución adoptada en la República Argentina por la Secretaría General de Telecomunicaciones por la que se acuerda que TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. se abstenga de realizar publicidad, prestación y/o prueba piloto de prestación de infovía.
4. Con fecha 15 de noviembre de 1996 se dictó Providencia por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por la que acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en los arts. 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).
5. Por Comunicación de la Subdirección General de Conductas Restrictivas de la Competencia, de fecha 20 de noviembre de 1996, se decide dar traslado del escrito de denuncia a los imputados y se les posibilita para solicitar vista del Expediente y proponer pruebas.
6. Por Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 25 de noviembre de 1996, del que se da traslado a este Tribunal por la Subdirectora General de Conductas Restrictivas de la Competencia, mediante escrito que tiene entrada el 9 de diciembre de 1996, se propone la adopción de las siguientes medidas cautelares:

"1.- Ordenar a Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Avanzados de Gestión S.A. (TSAI S.A.), Telefónica de datos S.A. (TDA S.A.) y TELELINE que cesen en la publicidad conjunta de sus servicios, de forma que en sus respectivas actividades publicitarias incorporen las referencias necesarias que permitan a los consumidores o clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que los presta y, particularmente, en lo que se refiere a los servicios prestados por Telefónica de España S.A., en régimen de monopolio y los demás servicios.

2.- Ordenar a Telefónica de España S.A. que cese de usar las líneas bajo el número 022 para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información, así como para ofrecer información de estos servicios y su contratación".

- 6.1. Las medidas propuestas por el Servicio, tenderán, según se afirma, a asegurar la eficacia de una Resolución futura al impedir que la confusión que pretenden las mismas evitar coloque a las empresas rivales de TELEFONICA y de su grupo de empresas en situación de desventaja competitiva y que se vean por ello desplazadas del

mercado en el tiempo en que dure la tramitación del procedimiento hasta que el Tribunal dicte Resolución en su caso.

- 6.2. También se argumenta, que no producen perjuicios irreparables, pues se enfocan hacia una mayor clarificación de las actividades propias de TELEFONICA y sus filiales, no suponiendo ninguna violación de normas o derechos fundamentales.
 - 6.3. No se estima necesario el proponer fianza a constituir por la denunciante por considerar que las medidas no pueden dar lugar a grave quebranto económico para las afectadas.
 - 6.4. Finalmente, para asegurar el cumplimiento de las medidas, se propone la consideración de las multas coercitivas a las que se refiere el art. 45.4 LDC en relación con el art. 11 de la misma Ley.
7. Con fecha 9 de diciembre de 1996 tiene entrada en este Tribunal el escrito antes aludido de proposición de medidas cautelares y por Providencia del día 12 de los mismos se admitió a trámite y se designó Ponente al Vocal D. Juan Manuel Fernández López, ordenándose dar traslado del referido escrito a los interesados a fin de que pudiesen formular alegaciones por escrito dentro del plazo de cinco días que establece el art. 45.3 LDC, quedando entretanto de manifiesto el Expediente en la Secretaría del Tribunal para instrucción de los interesados.
 8. Por Providencia de fecha 19 de diciembre de 1996 se corrigió el error material observado al no haber considerado interesado en el Expediente a SERVICOM S.A., ordenando, consecuentemente, dársele traslado de la anterior Providencia.
 9. Mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 1996 D^a Almudena Arpón de Mendivil y Aldama en nombre de SERVICOM formula alegaciones en el sentido de sostener la pertinencia de las medidas cautelares solicitadas por el Servicio de Defensa de la Competencia y abandonando las restantes pedidas en su día ante el Servicio. Considera que las medidas resultan necesarias para impedir que un sector que debería estar caracterizado por la libre competencia desemboque en un mercado monopolizado de hecho por TELEFONICA, extendiéndose el riesgo fundamentalmente a la actuación de TELEFONICA en el contexto particular de Infovía.

Asimismo, por primer otrosí manifiesta que, conforme a lo solicitado por el Servicio de Defensa de la Competencia, no había lugar a imponer fianza alguna en garantía de los daños y perjuicios que eventualmente se pudieran causar por la adopción de las medidas, aunque, no obstante y de forma

subsidiaria, ofrece la constitución de aval bancario en cantidad suficiente para cubrir los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse para TELEFONICA y sus filiales.

Mediante segundo otrosí solicita que, por este Tribunal en ejercicio de las funciones que le otorga el art. 2, apartado 2 LDC, se considere que algunas de las situaciones restrictivas de la competencia, objeto de denuncia, derivan de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 11 de enero de 1996 y pide que formule propuesta motivada al Gobierno de modificación por supresión de las situaciones restrictivas.

10. Mediante escrito, que tiene fecha de entrada en este Tribunal el 30 de diciembre de 1996, D^a Angeles Pellón Sebastián, en nombre y representación de TSAI, formula alegaciones en el sentido de oponerse a la solicitud de medidas cautelares al estimar que la intervención de la empresa a quien representa en el mercado se ha realizado en el marco de absoluta independencia de TELEFONICA, si bien, de su logotipo puede, obviamente, deducirse su pertenencia a un mismo grupo, pero se muestra como una empresa distinta de su cabecera dispuesta a situarse en el mercado de libre competencia, asumiendo sus gastos de publicidad y de estudios de mercado y no existiendo subvenciones cruzadas entre TELEFONICA y TSAI.
11. D^a Patricia Pérez Dolset mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 30 de diciembre de 1996, actuando en nombre y representación de UNISOURCE ESPAÑA S.A., formula alegaciones y solicita sea desestimada la petición de medidas cautelares. Se aduce que UNISOURCE ESPAÑA S.A. no es filial de TELEFONICA puesto que en la actualidad tiene como accionista único a UNISOURCE NV, quien adquirió la totalidad de las acciones de las que TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. era propietaria en TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A., quien cambió su denominación social por la actual de UNISOURCE ESPAÑA S.A.

Se alega que esta compañía presta el servicio de comunicación a través del soporte necesario para que los proveedores de servicio de información puedan prestar el acceso a Internet, no discriminando a ninguno de ellos. Presta servicios de conmutación en un mercado abierto a la competencia y tiene suscrito con TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. contrato de distribución de sus servicios, por lo que apoya a TELEFONICA en sus actividades comerciales y de venta. Según afirma, no crea confusión en el mercado ni en cuanto a su identidad ni a los servicios que presta. No recibe subvenciones de TELEFONICA manteniendo contabilidades separadas, sin que existan subsidios cruzados.

12. D^a Angeles Pellón Sebastián, en nombre de SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A., mediante escrito que tiene entrada en este Tribunal el 30 de diciembre de 1996, se opone a la solicitud de medidas, formulando asimismo alegaciones. A tal efecto, manifiesta que SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. tiene en la actualidad como único accionista a TELEFONICA SISTEMAS S.A.

La sociedad tiene como principal actividad la de proveedor de servicios de información (art. 20 LOT) , que presta en libre competencia con más de 500 empresas, entre ellas, la denunciante SERVICOM.

Oferta el servicio que distingue con la marca "Teleline" y al nacer "Infovía" solicitó de TSAI un servicio de gestión de plataforma para evitarse inversiones en infraestructura, siéndole prestada por ésta conforme a un acuerdo interpartes. Teleline, además, proporciona acceso a contenidos propios o ajenos en el área del ocio y del entretenimiento.

Sus gastos de publicidad y estudio de mercados son independientes y abonados por ella, manteniendo contabilidad separada y no teniendo ningún cruce de subvenciones con TELEFONICA.

13. D. Eliodoro Alcaraz García de la Barrera, mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 30 de diciembre de 1996, comparece en nombre de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. para oponerse a la solicitud de medidas cautelares y formular las correspondientes alegaciones.

Manifiesta que Infovía nace en el marco reglamentado por la Orden de 11 de enero de 1996, cuyo principal objetivo es introducir en España un servicio que permita a los usuarios finales entrar en comunicación con proveedores de información o de servicios de información habiendo permitido aparecer nuevos competidores de SERVICOM para acceso a Internet, lo que antes venía dominado por aquella empresa.

No existe infracción del art. 6 LDC toda vez que TELEFONICA ofrece un servicio portador de igual calidad para todos.

TELEFONICA presta servicios comerciales a algunas empresas de su grupo en condiciones de mercado, siendo su política comercial el permitir al usuario identificar los servicios prestados por ella misma y aquéllos de cada una de las empresas de su grupo en el contexto de Infovía.

La utilización por las empresas del grupo de los signos distintivos que las identifican como pertenecientes a un mismo grupo es absolutamente legítimo y se usan por las empresas en virtud de las correspondientes licencias.

Por lo que respecta a la utilización del número abreviado 022 hace constar que se trata de recursos pertenecientes al sistema de distribución de TELEFONICA que pone a disposición de las empresas de su grupo a cambio de remuneración.

Considera que las medidas interesadas por el Servicio son improcedentes dado que la denunciante actúa sólo en uno de los mercados y su adopción limitaría la libertad de empresas como TELEFONICA y UNISOURCE.

Entiende que no se justifica por el Servicio en qué medida la publicidad conjunta implica una confusión de actividades.

Considera que no puede existir ahora urgencia para la adopción de las medidas toda vez que la denuncia de SERVICOM data del 8 de agosto pasado.

Existe ausencia de *fumus bonis iuris* dada la variedad de las acusaciones de la denunciante.

En concreto, en cuanto a la primera medida solicitada, hace constar que sólo algunas compañías del grupo utilizan ciertos signos sin entidad suficiente para crear confusión pero permitiendo ser legítimamente identificadas como pertenecientes al mismo grupo.

Con respecto a la segunda medida hace constar que ya fue solicitada y desestimada por el Tribunal en el caso de AIRTEL.

14. Mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 3 de enero de 1997 D. Eliodoro Alcaraz García de la Barrera, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., hace nuevas alegaciones en las que solicita que en el supuesto de adoptarse alguna de las medidas cautelares por el Servicio de Defensa de la Competencia, se imponga a la denunciante fianza suficiente para cubrir los daños y perjuicios que pudieran causarse a las empresas.
15. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su sesión de 21 de enero de 1997, deliberó y falló sobre la petición de adopción de medidas cautelares.

16. Son interesados:
- SERVICIOS DE INFORMACION INTERACTIVOS S.A. (SERVICOM)
 - TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.
 - UNISOURCE ESPAÑA S.A. (antes Telefónica Transmisión de Datos S.A.).
 - TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A.
 - SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Aunque no haya sido planteada por ninguno de los interesados en este procedimiento, estima el Tribunal necesario hacer ciertas precisiones acerca de la posible indefensión aparente que pudiera derivarse del hecho de que las medidas se solicitan por el Servicio de Defensa de la Competencia respecto de alguna persona jurídica identificada con distinta denominación social en el escrito de solicitud de medidas, de la que en realidad tienen en la actualidad.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en su S. 18/1981, de 8 de junio, *"los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración"* (F.J. 2).

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador en materia de Derecho de la Competencia corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia el velar por el principio de defensa conforme se deriva de las funciones atribuidas al Tribunal, y en concreto del art. 47 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC). Por ello, no sólo la conveniencia, sino también la necesidad, de las siguientes consideraciones.

El Servicio de Defensa de la Competencia dirige la petición de medidas cautelares, entre otras sociedades mercantiles, contra TELELINE S.A. y contra TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A. En igual sentido, el escrito de denuncia de SERVICOM e incluso el de alegaciones ante este Tribunal. Consecuentemente con tal petición, el Tribunal acuerda por Providencia de fecha 12 de diciembre de 1996, dar traslado de la petición de medidas a las entidades identificadas con dichas denominaciones sociales, teniéndolas al propio tiempo por interesadas en el expediente.

Sin embargo, TELELINE S.A. no responde a la denominación social de parte interesada en este expediente, ya que la empresa denunciada se identifica bajo la de SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A.,

correspondiendo la palabra "TELELINE" al nombre comercial o marca de servicio con que aquella entidad identifica su actividad principal en el campo de los servicios de información. Así, se deduce sin ningún género de dudas del escrito de alegaciones de dicha empresa, quien hace referencia a los servicios que presta como "TELELINE". Ello determina, en definitiva, que ha tenido conocimiento de la petición de medidas la entidad contra la que se dirige la petición y ha hecho uso de su derecho a alegar y defenderse.

Por lo que respecta a TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A., si bien no consta en el expediente de forma fehaciente el que haya cambiado su denominación social en el Registro Mercantil por la de UNISOURCE ESPAÑA S.A., al ser emplazada con aquella denominación comparece con esta última y según se deduce del documento que incorpora con sus alegaciones como anexo nº 1, cambió su denominación adoptando la de UNISOURCE ESPAÑA S.A. En definitiva, tampoco en este supuesto pues se ha producido indefensión.

La celeridad que exige la naturaleza de las medidas cautelares en su tramitación, ha determinado al Tribunal a no oficiar al Registro Mercantil para la acreditación de tales extremos al considerar que, en definitiva, el posible defecto formal ha quedado subsanado por la actuación de los citados interesados que, con su conducta, han hecho gala de buena fe procesal.

2. Entrando, pues, a conocer sobre la petición de medidas cautelares conviene examinar si concurren los requisitos que exige el art. 45 LDC.
 - 2.1. Se ha iniciado un expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia, lo que ha quedado debidamente acreditado en el presente caso, según consta en los antecedentes de hecho.
 - 2.2. Se solicita la adopción de medidas por el Servicio de Defensa de la Competencia, a quien legitima para pedir las el citado precepto.
 - 2.3. Se propone su adopción al Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en vía administrativa para resolver sobre la pertinencia de medidas cautelares en materia de competencia.
 - 2.4. Se ha dado traslado de la petición de medidas a aquellas entidades a quienes pueden afectar, concediéndoles término legal para alegar y defenderse, habiéndolo realizado todas ellas. En definitiva, han sido cumplidos los requisitos subjetivos y formales, previos, cuya exigencia se deriva del citado art. 45 LDC.

3. Pero, además, las medidas cautelares han de responder al requisito objetivo de asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, o lo que es lo mismo, que de esperarse a la resolución definitiva, ésta resulte totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia. También que las medidas que se dicten no originen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen violación de derechos fundamentales.

Para que exista necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que en definitiva se dicte, será preciso que concurren los principios informadores de toda medida cautelar: "*fumus boni iuris y periculum in mora*".

- 3.1. La apariencia de buen derecho en las medidas cautelares viene concebido como vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial propia de cualquier procedimiento jurídico. Basta una afirmación fundada en el derecho alegado, pero exigiéndose determinación de la situación jurídica cautelable y cierto grado de demostración.

La apariencia fundada en el derecho alegado, como situación jurídica cautelable, se corresponderá con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público ...*" (Exposición de Motivos LDC) y que la propia Ley concreta en las conductas y prácticas que tipifica como contrarias a la competencia en el mercado y por ello sancionables, en sus artículos 1, 6 y 7.

La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido art. 45LDC, aunque no limitativa, pone de relieve la preocupación del legislador por la protección no sólo del interés público en el ejercicio de la competencia, sino también el de intereses privados en tanto en cuanto estos resulten afectados por un acto realizado en todo o en parte del mercado nacional contrario a la libre competencia y con dimensión suficiente para provocar afectación del interés público. Dicho con otras palabras, si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos.

El "*grado de demostración necesario y suficiente*" para la procedencia de las medidas, debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

3.2. El "*peligro de demora*" vendrá configurado por el peligro en la infructuosidad de la resolución definitiva por esperar a que la misma se dicte y peligro de tardanza, esto es, que previsiblemente ha de esperarse aún un tiempo para la instrucción en forma debida del expediente y para posibilitar los posteriores trámites de alegaciones y prueba, lo que hará peligrar que el posible acto concurrencial tenga consecuencias en el mercado más graves por la tardanza y debieran ser antes acreditadas.

Para analizar la concurrencia o no de los elementos objetivos, es preciso delimitar el mercado en que previsiblemente acontecen los hechos supuestamente anticoncurrenciales.

4. En el mercado de las telecomunicaciones, que se encuentra en nuestro país en fase de gran desarrollo y liberalización, se han ido configurando otros mercados de producto más concretos, entre los que, desde la perspectiva indiciaria de las medidas cautelares, cabe señalar el de los "*servicios de información a través de las telecomunicaciones*". Pero a su vez, dentro de éste cabe distinguir submercados interconectados entre sí en los que se prestan diversos servicios, unos en libre competencia y otros no y que para una mejor comprensión se analizan a continuación en relación con las empresas implicadas en este expediente a fin de determinar la participación de cada una en el submercado que de forma indiciaria cabe delimitar.

4.1. TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.: Presta el servicio de acceso a la información a través de la red telefónica básica, servicio portador. TELEFONICA ha mantenido durante más de 70 años el monopolio de las telecomunicaciones en España, continuando en tal posición en cuanto al servicio portador a través de la red telefónica básica, pues si bien está habilitada para prestarlo Retevisión S.A. no lo hace hasta la fecha por lo que TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. explota este servicio en régimen de monopolio de hecho. También los usuarios finales a través del número 055 pueden acceder al servicio Infovía (regulado por O.M. de 11 de enero de 1996, del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente) a través del servicio portador. Infovía va a permitir el acceso a Internet a un precio único y asequible para todos los usuarios desde cualquier parte del territorio nacional.

4.2. UNISOURCE ESPAÑA S.A. hasta hace pocos meses respondía a la denominación de TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A. tenía como único accionista a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. Ha cambiado su socio por UNISOURCE NV (sociedad de nacionalidad

holandesa) al transmitirle todas sus acciones TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. como aportación no dineraria para la adquisición del 25% de las acciones representativas del capital de UNISOURCE NV. Es decir, al parecer en la actualidad el único accionista de UNIROSRCE ESPAÑA S.A. es UNISOURCE NV en la que TELEFONICA DE ESPAÑA A. posee el 25% del capital.

Esta entidad opera en el mercado de "*prestación de servicios de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos*", otro de los submercados de producto que cabe definir dentro del mercado de "*los servicios de información a través de las telecomunicaciones*", y que facilita la conmutación para acceder a los proveedores de servicios de información.

TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. poseía título habilitante para operar en este submercado y lo cedió a la hoy denominada UNISOURCE ESPAÑA S.A., lo que fue aprobado por Resolución de la Dirección General de Telecomunicaciones de fecha 26 de septiembre de 1995.

Este servicio de "conmutación" debe prestarse en régimen de libre competencia según lo dispuesto por el Real Decreto 804/1993, de 28 de mayo, y Orden de 29 de septiembre de 1993. Existen trece empresas al menos concesionarias de este servicio, pero en el contexto de Infovía (que no olvidemos, es el que posibilita el acceso a Internet a precio reducido y es el servicio más demandado) sólo operan tres: UNISOURCE ESPAÑA S.A., que al parecer tiene posición dominante (la única que facilita datos al respecto es la denunciante SERVICOM, quien le atribuye una cuota de mercado del 92%) BTT y Global ONE.

Es de resaltar que esta sociedad, la hoy UNISOURCE ESPAÑA S.A., tiene suscrito con TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. un contrato de distribución de sus servicios por ésta.

- 4.3. TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. Es una sociedad anónima unipersonal cuyo accionista es TELEFONICA DE SISTEMAS S.A., unipersonal a su vez de la que es su accionista TELEFONICA DE ESPAÑA S.A (consta en las alegaciones de aquella entidad).

Esta empresa opera en el submercado de "*proveedores de servicios de información*" (art. 20 LOT), servicios que se prestan en régimen de competencia por más de 500 empresas, entre ellas, la denunciante SERVICOM.

- 4.4. SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. Constituida por TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. y por PROEIN S.A. (distribuidora de juegos de ordenador y otros de ocio y cultura). Posteriormente, el 100% del capital ha sido adquirido por TELEFONICA SISTEMAS S.A. que ha pasado a ser su único accionista. De esta última es único accionista TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. Así se manifiesta por aquella en su escrito de alegaciones. Opera en el submercado de los "*proveedores de servicios de información*", en el que, como se señala en el apartado anterior, lo hace también SERVICOM, en régimen de libre competencia.

No obstante, caben resaltarse ciertas particularidades. Oferta el que denomina servicio "Teleline" y que al nacer Infovía, para evitarse inversiones en infraestructura, solicitó un servicio de gestión de plataforma a TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. y que ésta ha prestado por acuerdo interpartes, según propias alegaciones y cuyo contenido no ha sido revelado en el expediente.

Teleline, además de proporcionar acceso a Infovía, incorpora otros accesos a contenidos propios o ajenos en el área del ocio y del entretenimiento.

El mercado geográfico resulta evidente que se extiende a todo el territorio nacional pues en el mismo se prestan todos los citados servicios.

- 4.5. Como resumen de todo lo anterior, puede afirmarse, desde la posición indiciaria de las medidas cautelares, que el mercado relevante de producto será el de los "*servicios de información a través de las telecomunicaciones*". Y dentro de éste parecen distinguirse como submercados, conectados o dependientes unos de otros, el de "*servicio de acceso a la información a través de la red telefónica básica-servicio portador*", el de "*prestación del servicio de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes o circuitos*" y el de "*proveedores de servicios de información*". En el primero de estos submercados opera TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. en régimen de monopolio de hecho; en el segundo, en régimen de libre competencia, intervienen al menos trece empresas, mas por lo que respecta al acceso a Infovía, opera UNISOURCE ESPAÑA S.A., al parecer con posición dominante; y en el tercero, la denunciante SERVICOM y también SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. y TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE

INFORMACION S.A. en régimen de competencia con otras muchas empresas, desconociéndose sus respectivas cuotas de mercado.

5. Todas las denunciadas se presentan en el mercado a través de su publicidad, incluso UNISOURCE ESPAÑA S.A. (Anexo nº 11, acompañando a su escrito de alegaciones) con la imagen de pertenecer al grupo TELEFONICA utilizando los signos distintivos de ésta, en especial el logotipo de la T formada por líneas de puntos dentro de un círculo excéntrico y debajo del cual figura la palabra TELEFONICA (hay multitud de ejemplos en el expediente instruido por el Servicio e, incluso, en los anexos unidos a los respectivos escritos de alegaciones de las partes ante el Tribunal).
6. Las medidas cautelares cuya adopción interesa el Servicio y la denunciante SERVICOM, que se transcriben en el Antecedente de Hecho nº 6, pueden resumirse en que por el Tribunal se ordene a TELEFONICA y a las empresas de su grupo cesar en la publicidad conjunta, de forma que la de cada una de ellas permite a los consumidores distinguir los servicios que cada cual presta y, en particular, los prestados por TELEFONICA en régimen de monopolio; también que se ordene a TELEFONICA cesar en el uso del nº 022 para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información .
7. TELEFONICA viene explotando desde hace aproximadamente setenta años en régimen de monopolio el servicio de telefonía básica y también, desde hace unos veinte años, el de telefonía móvil analógico, así como el servicio portador de ambos.

Sólo en los últimos años interviene en alguno de los mercados que pueden acotarse dentro del mercado del más general de las telecomunicaciones, en régimen de competencia, como es el caso de la telefonía móvil digital a través una de sus empresas filiales. En definitiva, los consumidores identifican con el nombre comercial "TELEFONICA" al monopolio, y con él la amplia red de puntos de venta, atención al cliente y reparación que tiene por todo el territorio nacional. A esta realidad hay que añadir que TELEFONICA viene realizando en los últimos tiempos importantes campañas de publicidad de imagen de marca, presentando a la compañía como la primera multinacional española que integra un importante grupo moderno y dinámico en el campo de las telecomunicaciones, lo cual evidentemente es legal y legítimo. Se prestigia la imagen de TELEFONICA que los consumidores identifican con la del monopolio por ser así como ha venido operando la compañía hasta hace muy poco y continúa haciéndolo en una parte sustancial de su volumen de negocio. Por ello, el legislador ha querido que en aquellos mercados nuevos en que TELEFONICA opera en

régimen de competencia, se separen las contabilidades y, en definitiva, los medios que en ello se empleen, de los del monopolio, a fin de que la competencia sea efectiva, ya que, en otro caso, se podría estar abusando de la posición dominante que ostenta TELEFONICA en los mercados que explota en régimen de monopolio al trasladar su imagen y medios a aquéllos en los que interviene en régimen de competencia.

Como ya puso de relieve el Tribunal en su Resolución de 18 de julio de 1996 (Expte. MC 10/96 Airtel-Telefónica) a la aparente posición de dominio de TELEFONICA se une el que la propia TELEFONICA distribuya los servicios prestados por sus filiales en régimen de competencia, a través de unos puntos de venta que tienen excepcional relevancia, las oficinas comerciales del monopolio. Con ello puede colocarse a los diversos competidores, entre ellos SERVICOM en el caso de este expediente, en desventaja a la hora de competir y tal conducta podría comportar un abuso de posición de dominio, lo que viene prohibido por el art. 6 LDC. Especial significación puede tener, como ya se resaltaba en la citada Resolución, el que se utilicen los medios de las repetidas oficinas comerciales, con personal de gran experiencia, permitiendo su acceso a través de número abreviado para contratar y recibir información sobre servicios que han de prestarse en competencia.

8. De otro lado, resulta preciso señalar que TELEFONICA y el resto de las empresas denunciadas se presentan en el ejercicio de sus respectivas actividades como pertenecientes a un mismo grupo, al "grupo TELEFONICA", sin que queden diferenciadas sus respectivas actividades tal como afirman en sus escritos de alegaciones ante este Tribunal.

No hay más que echar un vistazo a los innumerables ejemplos de su publicidad obrantes en el expediente para comprobar esta realidad. Incluso la documentación unida a sus escritos de alegaciones ante el Tribunal son ejemplos de la idea de grupo que incorporan. Es mas, también los altos ejecutivos de estas compañías y sus asesores jurídicos emplean indistintamente el papel de una compañía para referirse a actividades de otra. Así, en el anexo nº 1 del escrito de alegaciones de UNISOURCE, puede verse como en papel de "TELEFONICA", el "Jefe de la Asesoría Jurídica para asuntos de UNISOURCE" responde, a la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Telecomunicaciones, a un escrito que recibe en su "calidad de Secretario del Consejo de Administración de TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A.".

Una vez más hay que resaltar desde la perspectiva indiciaria de las medidas cautelares que TELEFONICA y el resto de empresas denunciadas se presentan como pertenecientes a un mismo grupo y sin diferenciar empresas y actividades.

9. Se argumenta por TELEFONICA que la utilización por las empresas del grupo de signos que las identifiquen como tal grupo es legítimo y que el uso de estos signos de propiedad industrial lo es en base a los correspondientes contratos de licencia. Con independencia de que esta última afirmación no haya sido acreditada y para que surta efectos frente a terceros debe ser objeto del correspondiente contrato de licencia inscrito (art. 43 Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988), lo que no hace prever que haya acontecido ni que se pague canon por la licencia, lo cierto es que, como tiene establecido el Tribunal en su doctrina (Resoluciones de 17 de marzo de 1992, Expte. 272/90 Repsol-Butano, y 5 de noviembre de 1992, Expte. 316/92 Ascensores), una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no ostentan tal posición.

9. UNISOURCE en su escrito de alegaciones comienza afirmando que no es filial de TELEFONICA, ya que su actual y único accionista es UNISOURCE N.V., en la que TELEFONICA tiene suscrito el 25% de su capital.

Tanto del Derecho español (art. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el art. 42.1 del Código de Comercio), como del Derecho comunitario europeo (art. 1 de la Directiva 83/349, séptima Directiva en materia de sociedades), el concepto de sociedad dominante o de pertenencia a un grupo no se construye sobre cuotas de capital ni es, incluso, preciso el tener suscrito capital alguno, sino que más bien se determina sobre la capacidad de decisión que pueda tenerse por cualquier motivo, como puede ser por pactos. El caso es que, pese a que UNISOURCE proclama su independencia actual respecto de TELEFONICA, la realidad demuestra, incluso con su más reciente publicidad, aquélla en que se presenta ya bajo la denominación social de UNISOURCE, que lo hace como perteneciente al grupo TELEFONICA (ver al respecto la primera página del anexo nº 11 del escrito de alegaciones de UNISOURCE).

10. Las anteriores consideraciones vienen a poner de relieve la concurrencia de apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) de las medidas cautelares que interesa el Servicio de Defensa de la Competencia y la denunciante SERVICOM, por cuanto, en definitiva, tratan de impedir que la posición dominante de TELEFONICA pueda trascender a aquellas actividades que se prestan en régimen de libre competencia, con lo que, en definitiva, se protegerá tanto el interés público del mercado como el particular de SERVICOM, en tanto en cuanto resulte coincidente con aquél al participar en el mercado de los servicios proveedores de información.

También concurre el "*periculun in mora*" pues de esperarse a la total instrucción del expediente sancionador y su conocimiento por este Tribunal,

tras la fase de alegaciones y prueba ante el mismo, pudiera resultar infructuosa la resolución de haber resultado expulsadas del mercado las empresas competidoras por las que forman el grupo TELEFONICA. La propia TELEFONICA, en su escrito de alegaciones, hace constar que la denunciante SERVICOM poseía una cuota de mercado del 40% en lo que respecta al mercado de acceso a la información de Internet y que ha quedado reducida al 10% como consecuencia de la creación del servicio Infovía (que permite a todos los usuarios desde cualquier punto del territorio nacional su utilización a un precio unitario y reducido). Aunque TELEFONICA saca la conclusión de que SERVICOM pierde la cuota de mercado por la mayor competencia que introduce Infovía, que priva a aquélla de su posición dominante, lo cierto es que SERVICOM participaba, al parecer, antes de Infovía, en régimen de competencia con otras empresas en proporcionar acceso a Internet y de derivarse ahora esta pérdida de cuota de mercado (no informa TELEFONICA quién o quiénes le han ganado) de un posible abuso de posición de dominio pudiera verse expulsada del mercado (todavía emergente) con imposible o difícil posibilidad de su reparación (riesgo de infructuosidad de la resolución definitiva).

11. Las medidas cautelares no han de proporcionar previsiblemente perjuicios irreparables a TELEFONICA y el resto de empresas denunciadas pues, en definitiva, pretenden tanto la que veta el que emplee el número abreviado que habitualmente usa para comercializar servicios que presta en régimen de monopolio para los que deben prestar sus filiales en régimen de competencia y distribuye la propia TELEFONICA, como la separación de publicidades, la clarificación de qué servicios se prestan en competencia y cuáles no y la identificación por parte de los consumidores de las entidades prestadoras de cada uno de los mismos.
Por todo cuando queda argumentado es evidente que con las medidas cautelares pedidas no implican violación de derechos fundamentales (art. 45.2 LDC).

Cumpléndose, pues, todos los requisitos que establece el art. 45 LDC y cuantos otros se derivan de la interpretación del mismo, según las anteriores consideraciones, procede estimar la petición de las medidas cautelares interesadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en este expediente.

12. Las medidas cautelares tendrán una extensión de seis meses y cesarán en todo caso cuando se ejecute la resolución que dicte el Tribunal en el expediente principal del que dimanen (art. 45.6) o en cualquier otro momento en virtud de la apreciación de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas en el momento de su adopción (art. 45.5 LDC).

13. Teniendo como finalidad principal las medidas cautelares aquí solicitadas, la preservación del interés público del mercado en el mantenimiento de la competencia, sin que puedan dar lugar a grave quebranto económico para TELEFONICA y las demás empresas denunciadas, no se estima necesario, tal y como propone el Servicio, la exigencia de fianza a la denunciante.
14. Para el debido aseguramiento del cumplimiento de las medidas cautelares que se acuerdan en esta Resolución, el Tribunal estima que deberán fijarse multas coercitivas por importe de cien mil pesetas por día en que se incumplan total o parcialmente las medidas cautelares que se acuerdan (art. 45.4 en relación con el art. 11 LDC).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero: Estimar la petición de medidas cautelares solicitadas por el Servicio de Defensa de la Competencia y acordar la adopción de las siguientes:

- 1) Ordenar a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., UNISOURCE ESPAÑA S.A., TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. y SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. que cesen en la publicidad conjunta de sus servicios de forma que en sus respectivas actividades publicitarias incorporen las referencias necesarias que permitan a los consumidores o clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que lo presta y, particularmente, en lo que se refiere a los servicios prestados por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. en régimen de monopolio y los demás servicios.
- 2) Ordenar a TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. que cese de usar las líneas bajo el nº 022 para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información, así como para ofrecer la contratación o cualquier tipo de información acerca de estos servicios.

Segundo: Establecer que las medidas cautelares entrarán en vigor al día siguiente de la notificación de la presente Resolución a las empresas afectadas.

Tercero: Establecer una multa coercitiva por importe de 100.000 ptas. diarias para el supuesto de que se incumplan total o parcialmente las medidas ordenadas en esta Resolución.

Cuarto: Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que remita al Tribunal el expediente principal debidamente instruido con el correspondiente informe propuesta en el plazo más breve posible.

Comuníquese esta 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 su notificación.