

RESOLUCION EXPTE. MC 14/96, AIRTEL-TELEFÓNICA 2

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 16 de diciembre de 1996

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 14/96 (1332/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente incoado por dicho Servicio en virtud de la denuncia formulada por D. Carlos López Blanco, en nombre de Airtel Móvil, S.A., (en adelante, Airtel), contra Telefónica Servicios Móviles, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de enero de 1996, D. Carlos López Blanco, en su calidad de Secretario del Consejo de Administración de Airtel, formula denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las empresas Telefónica de España, S.A., (en adelante Telefónica) y sus filiales Telefónica Servicios Móviles, S.A., (en adelante Telefónica Móviles) y Teleinformática y Comunicaciones, S.A., (en adelante Telyco), por supuesta vulneración de los arts. 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del art. 86 del Tratado CE, al haber puesto en práctica distintas conductas que el denunciante estima constitutivas de abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En el mismo escrito se pide la adopción de medidas cautelares.

2. Tras la práctica de información reservada, el Servicio de Defensa de la Competencia inicia el expediente con fecha 29 de enero de 1996.
3. Mediante escrito de 26 de junio de 1996, el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de medidas cautelares en los siguientes términos:
 - A) De las propuestas por Airtel:
 - 1ª. Que por parte de Telefónica Móviles se retire el compromiso de exclusividad en los contratos de distribución de la modalidad Movistar y, una vez retirado tal compromiso, se supriman las diferencias en el sistema de remuneración (comisiones, primas, etc.) establecidas entre los contratos de exclusividad y el resto de contratos de distribución.
 - 2ª. Que Telefónica Móviles comunique de manera fehaciente a todos sus distribuidores actuales o futuros la libertad que tienen de poder ser al mismo tiempo distribuidores Airtel y de las modalidades analógica y digital bajo las marcas Moviline y Movistar.
 - 3ª. Que por parte de Telefónica, Telefónica Móviles y Teleinformática y Comunicaciones S.A. se cese en la difusión de la actual publicidad conjunta de los servicios Moviline y Movistar que hasta el momento se viene realizando.
 - B) De oficio:
 - 1ª. Que por parte de Telefónica, Telefónica Móviles y Telyco se incorporen a la publicidad que se realice en lo sucesivo las referencias necesarias que permitan distinguir el servicio monopolizado de aquél que se encuentra en la actualidad liberalizado y en competencia con Airtel.
 - 2ª. Que por parte de Telefónica se cese en el actual uso de los números 004 y 022 para la distribución de los servicios Moviline y Movistar, ya que éstos son los asignados privativamente a sus Oficinas comerciales.
4. El Tribunal, en su Resolución del día 18 de julio de 1996, decidió estimar parcialmente la petición de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia respecto de Telefónica, Telefónica Móviles y Telyco, rechazando las dos primeras solicitadas por Airtel referentes a que se retire el compromiso de exclusividad, y acordando la adopción de las siguientes medidas:
 - 1ª. Ordenar a Telefónica el cese inmediato en el uso de los números 004 y 022 para la distribución del servicio de telefonía móvil digital que se distingue por la marca Movistar, así como para cualquier cuestión o información relacionada con el citado servicio y su contratación.

2ª. Ordenar a Telefónica, Telefónica Móviles y Telyco el cese en la difusión de cualquier publicidad conjunta de los servicios Moviline y Movistar, no pudiendo contener la publicidad que realicen por separado ninguna referencia mutua.

Esta medida tendrá efectividad a los treinta días siguientes a la fecha en que por este Tribunal se declare bastante la fianza que ha de prestar Airtel, a que se refiere el número siguiente.

3ª. Imponer a Airtel una fianza de cien millones de pesetas para responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse para Telefónica, Telefónica Móviles y Telyco y para el supuesto de que el contenido de la medida cautelar que se adopta en el número anterior no tuviera acogida en la Resolución definitiva del Expediente.

Dicha fianza deberá ser instrumentada en aval bancario incondicional y a primer requerimiento de este Tribunal, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

4ª. Ambas medidas tendrán una duración de seis meses contados en cada caso desde la fecha de su efectividad.

5. El 20 de septiembre de 1996 se recibió en este Tribunal el anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional por parte de Telefónica, Telefónica Móviles y Telyco.
6. Con fecha 16 de septiembre de 1996, en el ámbito del expediente sancionador incoado en el Servicio, D. Carlos López Blanco, en nombre de Airtel, formula escrito de ampliación de denuncia contra la compañía Telefónica Móviles por, supuestamente, pretender poner en práctica nuevos contratos de distribución mediante agentes exclusivos que, anteriormente, venían compatibilizando los servicios MOVISTAR y MOVILINE con el servicio AIRTEL, y, al considerar que dichos acuerdos restringen la competencia, solicita las siguientes medidas cautelares:
 - 1ª. Que se ordene a Telefónica Móviles cesar en su estrategia de ordenar a sus distribuidores exclusivos que vinculen en exclusiva a los agentes y/o distribuidores de telefonía móvil que operan en el mercado en régimen de no exclusiva y se le prohíba proceder de esta forma en el futuro.
 - 2ª. Que se obligue a Telefónica Móviles a instar a todos y cada uno de sus distribuidores exclusivos que ya hayan suscrito acuerdos de exclusiva con los agentes y/o distribuidores no exclusivos, a que repongan la situación anterior, dejando sin efecto la exclusiva pactada y las mayores comisiones ofrecidas como contra prestación de la exclusiva.
 - 3ª. Que se obligue a Telefónica Móviles a comunicar a todos sus distribuidores exclusivos el contenido de la resolución cautelar que se dicte por el Tribunal.

7. Con fecha 8 de octubre de 1996 se recibe en este Tribunal escrito de la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia por el que se notifica el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 27 de septiembre de 1996, según el cual, al considerar que los nuevos acuerdos de exclusiva de Telefónica Móviles restringen la distribución de Airtel y que, como incentivo encaminado a obtener el mayor número de agentes exclusivos, se establece el carácter retroactivo de las nuevas condiciones para aquéllos que ya eran integrantes de la red de distribución, por lo que propone la adopción de las siguientes medidas cautelares:
- 1ª. Que, durante seis meses, por parte de Telefónica Móviles no se introduzca ni se ponga en práctica ninguna modificación en las modalidades de contratos que se encontraban vigentes el día 15 de julio de 1996.
- 2ª. Que Telefónica Móviles comunique de manera fehaciente a todos los distribuidores existentes el día 15 de julio de 1996 la imposibilidad de introducir cláusulas de exclusividad en cualquiera de las modalidades contractuales que utilicen o pretendan utilizar para la distribución de los servicios MOVISTAR y MOVILINE.
- 3ª. Que, para el caso de acordarse las anteriores medidas, se obligue a Telefónica Móviles a dar la máxima difusión pública al contenido de la Resolución que se dicte por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- 4ª. Que no se imponga a la solicitante fianza para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar a Telefónica Móviles con la adopción de las medidas propuestas.
8. Por Providencia de este Tribunal de 14 de octubre de 1996 se admitió a trámite la solicitud de medidas cautelares, designándose Ponente y ordenando dar traslado del escrito de solicitud de medidas cautelares a las interesadas a fin de que, conforme establece el art. 45.3 de la LDC, formularan las alegaciones que considerasen oportunas en el plazo de cinco días que manda dicho precepto dejando, entretanto, de manifiesto el expediente en Secretaría para instrucción de las interesadas.
9. En el plazo concedido al efecto las interesadas comparecieron y formularon las correspondientes alegaciones, ratificándose íntegramente Airtel en lo expuesto en su escrito de petición de amparo cautelar, pero solicitando al Tribunal que, además de adoptar las medidas cautelares propuestas por el Servicio, se ordene a Telefónica Móviles reponer la situación existente a 15 de julio de 1996, ordenando a sus distribuidores que dejen sin efecto las exclusivas pactadas con terceros y las mayores comisiones ofrecidas como contraprestación de las exclusivas pues, en otro caso, alega, la eficacia de la medida sería nula.

Por su parte, Telefónica Móviles manifestó en este trámite su oposición no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también procedimental, al alegar que el Acuerdo del Servicio se ha adoptado contraviniendo principios elementales del procedimiento administrativo, por haberse limitado a endosar, sin instrucción alguna, el escrito de

ampliación de denuncia de la denunciante, impidiéndole realizar alegaciones y por haberle denegado el Servicio el acceso y vista del expediente, lo que supone una violación del derecho de defensa, parcialidad del Servicio y rotura inadecuada de la presunción de inocencia.

10. Son interesados:

Airtel Móvil, S.A.
Telefónica Servicios Móviles, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Este segundo incidente cautelar se ventila en el ámbito del expediente 1332/96 del Servicio y tiene su origen, como el primero, en la denuncia interpuesta por Airtel, segundo operador de telefonía móvil digital, contra Telefónica Móviles por la estrategia que presuntamente está llevando a cabo en el mercado de la distribución de servicios de telefonía móvil consistente en tratar de cerrar el acceso de Airtel a importantes canales de distribución mediante la conclusión de acuerdos de exclusiva con los agentes que operan en el mercado en un régimen de no exclusividad.

Concretamente, en el presente incidente Airtel denuncia y el Servicio estima que Telefónica Móviles pretende poner en práctica la conclusión de nuevos acuerdos de distribución mediante agentes exclusivos tanto del servicio MOVISTAR como del MOVILINE, por lo que un número indeterminado de estos agentes, que venían compatibilizando dichos servicios con el AIRTEL, cesarían en su distribución de forma inmediata y, además, los agentes que se incorporaran a la red verían impedida la posibilidad de distribución de este último, conducta que Airtel califica de abuso de posición dominante y, por ello, prohibida por el artículo 6 de la LDC y el 86 del Tratado CE.

En opinión de Airtel, todo ello va contra lo señalado por el Tribunal en la Resolución del expediente MC 10/96: "No obstante el rechazo de la medida cautelar, el Tribunal quiere llamar la atención de los peligros de perturbación de la libre competencia que puede conllevar un sistema de exclusividad en la distribución de servicios de telefonía digital, si ésta se pacta con distribuidores que venían siéndolo del sistema de telefonía analógico para un mismo titular de ambas concesiones".

El Servicio, al considerar que los nuevos acuerdos de exclusiva de Telefónica Móviles restringen la distribución de Airtel, proponía al Tribunal que las medidas cautelares solicitadas por esta última tuvieran el sentido de que Telefónica Móviles no introdujera ni pusiera en práctica ninguna modificación en las modalidades de contratos que se encontraban vigentes el día 15 de julio de 1996.

Por su parte, Telefónica Móviles alega que la propuesta del Servicio parte de supuestos falsos, pues no ha puesto en práctica ninguna nueva estrategia comercial (la posibilidad de celebrar contratos de exclusiva entre distribuidores y subagentes estaba contemplada desde septiembre de 1995) y que no puede imponer contratos modelo por ser los distribuidores los únicos capacitados para contratar con los subagentes.

En definitiva, para el Tribunal la cuestión fundamental que se ventila para decidir el incidente cautelar está en resolver si con la conducta denunciada ha existido realmente cierre del mercado en la distribución de Airtel.

2. Las medidas cautelares en Derecho español han sido desarrolladas fundamentalmente en el procedimiento civil, en el que se dirimen conflictos entre particulares.

El presente supuesto trata de la petición de adopción de medidas cautelares en un procedimiento de carácter administrativo, como es el procedimiento en materia de competencia. Aun así, hay que tener en cuenta que el artículo 45 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé la adopción de unas medidas cautelares específicas cuyos requisitos participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles. Ello también es lógico si tenemos en cuenta que el procedimiento administrativo en materia de competencia es un procedimiento singular, ya que no sólo está dividido en su tramitación en dos fases y ante dos órganos diferentes (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia), sino que, además, se persiguen en él tanto intereses públicos tales como el respeto al principio de la libre competencia y al libre comportamiento del mercado, sino también intereses particulares en conflicto tales como el de la víctima de la infracción que está interesada en que se dicte una resolución que restituya su derecho y que ésta sea efectiva, intereses que están en conflicto con los de los infractores y que solamente serán protegibles en el supuesto de que coincidan con el interés público.

3. En este marco cabe situar al procedimiento cautelar en materia de competencia del que cabe resaltar sus características y, en este orden de cosas, hay que recordar que, como ha afirmado este Tribunal en repetidas ocasiones y algunas muy recientes (18.7.96 -Expte. MC 10/96- a propósito del primer incidente cautelar y 29.7.96 -MC 11/96- Cajas Rurales), para que proceda la adopción de las medidas deberán concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia el correspondiente expediente sancionador (el expediente de medidas cautelares es accesorio respecto del principal); b) que se aprecie "prima facie" en el expediente que se están causando perjuicios que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que recaiga en el expediente principal (principios de "fumus boni iuris" y "periculum in mora"); c) que exista una solicitud del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; d) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); e) que se adopten en plazos muy breves y con simplificación de trámites (se trata de un procedimiento sumario y de urgencia); f) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables a las partes o bien que se violen derechos fundamentales y que exista la posibilidad de solicitar fianza a la parte que haya solicitado la adopción de la medida cautelar (principio de equilibrio) y g) que el tiempo por el que

se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (principio de provisionalidad).

4. Corresponde analizar si, en el supuesto de hecho a que se contrae el presente expediente, están presentes todos los requisitos necesarios para la adopción de las nuevas medidas cautelares. Sin embargo, habiéndose planteado cuestiones previas por Telefónica Móviles que pudieran afectar a la validez del expediente de medidas cautelares, es preciso entrar en su análisis.

Respecto de la alegación de Telefónica Móviles de rotura inadecuada por el Servicio del derecho fundamental de presunción de inocencia, por haberse limitado a endosar sin instrucción alguna el escrito de ampliación de denuncia, considera el Tribunal que en este caso no ha existido en ningún momento contravención al principio constitucional de la defensa ya que ni siquiera existía pliego de cargos y el artículo 45.1 de la LDC permite al Servicio proponer en cualquier momento, bien de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares. Es más, de seguirse la tesis de Telefónica Móviles, el Servicio no tendría la posibilidad de proponer medidas cautelares hasta prácticamente haber finalizado la fase de instrucción.

En cuanto a que el Servicio había impedido a Telefónica Móviles realizar alegaciones, así como el acceso y vista del expediente, hay que señalar que tampoco por ello ha habido indefensión pues el especial procedimiento que diseña la Ley de Defensa de la Competencia goza de particulares garantías que no concurren en el común de los procedimientos sancionadores administrativos, por cuanto que el legislador encarga su instrucción al Servicio de Defensa de la Competencia y la fase decisoria al Tribunal de Defensa de la Competencia, que viene diseñado en la propia Ley como órgano que goza de total independencia y sólo sometido al ordenamiento jurídico (art. 20 LDC), y donde se ha dado el trámite de audiencia. En definitiva, a pesar de encontrarnos en el ámbito de las medidas cautelares que, por su propia naturaleza, no atraen con la misma intensidad las anteriores garantías, carece, en cualquier caso, de fundamento la indefensión alegada, dado que el hecho es que se ha dado el principio de contradicción al haberse trasladado a Telefónica Móviles por este Tribunal el Acuerdo del Servicio de propuesta de medidas, poniéndole de manifiesto el expediente y habiendo realizado la denunciada las alegaciones oportunas.

En todo caso, en el Servicio de Defensa de la Competencia se dará el principio de la contradicción cuando en el expediente que instruye se formule, en su caso, el correspondiente pliego de cargos.

5. Por otra parte, como manifestaba este Tribunal en su Resolución de 18 de julio de 1996 (Expte. MC 10/96), para poder analizar la procedencia o no de las medidas cautelares, resulta preciso delimitar cuáles son los mercados relevantes, geográfico y de producto, en que tienen lugar las conductas denunciadas y producen sus efectos pues, aunque sólo sea de forma indiciaria, cual corresponde a la fase cautelar del expediente, habrá que contemplar si aquellas conductas pueden resultar contrarias a la libre competencia en el mercado correspondiente.

El mercado relevante quedó delimitado por el Tribunal en la mencionada Resolución de 18 de julio de 1996 en el sentido que se considera plenamente válido en la actualidad, con independencia de la evolución que pueda tener en el futuro, de que, por un lado, el mercado relevante de producto es el de la telefonía móvil, por cuanto los sistemas analógico y digital resultan sustituibles en nuestro país, en donde, si bien se diseña el mercado de la telefonía móvil digital como mercado emergente con rápido índice de desarrollo, el tiempo transcurrido es aún escaso para que pudiera ser considerado como un mercado propio. Por otro lado, que Telefónica Móviles ostenta una posición de dominio en cualquiera de dichos mercados. Y, por último, en cuanto a la delimitación del mercado geográfico, hay que tener en cuenta que la regulación del mercado de la telefonía móvil es únicamente nacional.

6. Procede ya decidir sobre la conveniencia de las medidas cautelares propuestas y para ello resulta necesario analizar si concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro por la demora que puedan justificar la adopción de las nuevas medidas cautelares detalladas en los Antecedentes de Hecho números 6 y 7.

De los escritos y documentos aportados en este segundo incidente cautelar parece deducirse que Telefónica Móviles, con el fin de ampliar su red de distribución exclusiva, habría impedido o tratado de impedir a un número indeterminado de agentes distribuir el servicio Airtel que anteriormente era compatible, lo que podría suponer a esta última un importante aumento del coste de distribución al verse en la situación de incrementar las comisiones o buscar otros agentes.

Pero también parece evidente que, en la actualidad, el mercado de la telefonía móvil digital se encuentra en una situación de dura lucha competitiva de las dos empresas por ganar mayores cuotas de participación y ampliación del mercado en su conjunto, situación que resulta tan propia de ciertos mercados oligopolísticos en los que su principal característica es precisamente la interdependencia de las conductas de las empresas y, dentro de sus diferentes posibilidades, la lucha por cuotas crecientes del mercado, aunque ello suponga incurrir en importantes costes e, incluso, cuantiosas pérdidas.

Otra característica de particular interés en el duopolio de oferta para resolver sobre la intervención cautelar es que en esta situación de mercado el equilibrio es extraordinariamente indeterminado, especialmente en el corto plazo, por lo que muy poco se puede predecir del comportamiento de las empresas sin un conocimiento empírico de sus reacciones, lo cual viene a aconsejar la mayor prudencia a la hora de decidir en un procedimiento cautelar que trata fundamentalmente de evitar daños de otra forma irreparables, sobre todo en un caso en el que hay ya un reciente pronunciamiento de este Tribunal al rechazar por la Resolución del Expte. MC 10/96 las medidas cautelares consistentes en la retirada del compromiso de exclusividad.

7. En el primer incidente cautelar este Tribunal sostenía en el Fundamento Jurídico 6, al rechazar las medidas cautelares consistentes en que Telefónica Móviles retirara el

compromiso de exclusividad, que había que considerar, ante todo, que se trataba de contratos suscritos con terceras personas ajenas a esta litis y a las que, evidentemente, iba a afectar, sin haber sido ni siquiera oídas. Esta afirmación estima el Tribunal que sigue siendo plenamente válida en este segundo incidente, pues considera que no debe inmiscuirse en las relaciones que han de tener los distribuidores con sus agentes en las modalidades de distribución a través de los diferentes canales y sus correspondientes condiciones, para salvar el principio de la libertad de empresa, salvo cuando sea necesario para garantizar el acceso al mercado.

También es cierto, como alega Airtel, que en el mismo Fundamento de Derecho el Tribunal advertía contra los posibles abusos que puede conllevar un sistema de exclusividad en la distribución de servicios de telefonía digital, si ésta se pactara con distribuidores que venían siéndolo del sistema analógico para un mismo titular de ambas concesiones. Pero entiende el Tribunal que no existe abuso en este caso mientras no haya también cierre del mercado que sería la cuestión decisiva para resolver el incidente en un sentido o en otro, porque, por un lado, el cambio desde una situación de monopolio a otra de apertura de la competencia puede conducir a contratos de exclusiva que anteriormente carecían de sentido y, por otro lado, porque, aún con la conclusión de nuevos acuerdos de distribución mediante agentes exclusivos, cabe la posibilidad de perder grandes cuotas de mercado e, incluso, la posición de dominio.

En este sentido, con la sumariedad y la ausencia de mayores comprobaciones que caracterizan al procedimiento cautelar y que imposibilitan analizar por ahora parámetros de gran significación, entiende el Tribunal que el resultado de la conducta de Telefónica Móviles no supone realmente y hasta el momento el cierre del mercado para Airtel, dados el importante incremento de la cuota de mercado de ésta última, tener una extensa red propia de distribución, el poco tiempo transcurrido para su fuerte implantación, así como el propio rápido desarrollo que está alcanzando el mercado de la telefonía móvil digital en los últimos meses, factores todos que aparentemente respaldan las crecientes promociones que se vienen realizando en este mercado por sus efectos en los ingresos presentes o futuros, más que un hipotético efecto de cierre del mismo que no resulta en este estadio suficientemente demostrado en su necesaria concreción, tanto en su aproximada cuantificación como en los demás datos que correspondan para su justificación.

8. Por todo ello, el Tribunal considera que no se cumple en este caso la apariencia de buen derecho y que tampoco se aprecian daños cuantificados a la denunciante o al interés público que, de no intervenir el Tribunal nuevamente de inmediato, hicieran peligrar la actividad de Airtel, pues de lo actuado hasta ahora no se pueden deducir cuáles serían los perjuicios para la misma de la no intervención cautelar en este momento en términos de mayores costes o de menores ingresos, más allá de cuáles serían los perjuicios para los agentes distribuidores y los consumidores si se adoptaran las nuevas medidas cautelares propuestas antes de que se sustancie el expediente principal. Por lo tanto, el Tribunal, estimando que tampoco se cumple en este caso el otro principio informador de la protección cautelar que es el peligro por la demora en su doble acepción de peligro de

infructuosidad y en la de peligro por la tardanza, acuerda rechazar las medidas cautelares propuestas por el Servicio y solicitadas por Airtel.

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

HA RESUELTO

Desestimar las medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia y solicitadas por Airtel Móvil, S.A., contra Telefónica Móviles, S.A.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la presente Resolución 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 el día siguiente al de su notificación.