

## **RESOLUCIÓN (Expte. MC 10/96, AIRTEL-TELEFÓNICA)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 18 de julio de 1996.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 10/96 (1332/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de la denuncia formulada por D. Carlos López Blanco en nombre de Airtel Móvil S.A. (en adelante Airtel), para que el Tribunal dicte las medidas cautelares necesarias, propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, dirigidas a asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte como consecuencia del citado expediente del Servicio.

### **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 Defensa de la Competencia y art. 86 del Tratado CE, al haber puesto en práctica distintas conductas 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, que tiene entrada en este Tribunal el día 5 del presente mes de julio, 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:

*"En relación con el expediente de referencia, tramitado en la Dirección General de Defensa de la Competencia, en virtud de la denuncia formulada por D. Carlos López Blanco en nombre de Airtel Móvil S.A. ha sido dictado Acuerdo con fecha 20 de junio de 1996 que literalmente a continuación se transcribe.*

*D. Carlos López Blanco, actuando en nombre y representación de la sociedad Airtel Móvil S.A. (Airtel) en escrito de fecha 11 de enero de 1996, formuló denuncia contra las compañías Telefónica de España S.A., Telefónica de Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. por la realización de conductas prohibidas, al amparo de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.*

*Los Hechos que motivaron la apreciación por parte de Airtel de la existencia de conductas prohibidas por parte de las denunciadas y los comprobados con posterioridad, se basan en lo siguiente:*

1. *Telefónica de España S.A. ha contado con determinados privilegios normativos, que ostenta en la actualidad, dentro de la telefonía móvil, concepto que engloba tanto la modalidad analógica como la digital. Cabe citar entre ellos, los contenidos en la Orden de 26 de septiembre de 1994, por la que se convocó el concurso público de adjudicación de la concesión de un segundo operador en telefonía digital, en cuyas bases se imponían determinadas obligaciones a Airtel que no se imponían a Telefónica de España S.A.*
2. *Telefónica Servicios Móviles S.A. es concesionaria para la prestación del servicio de telefonía móvil automática mediante tecnología digital (GSM) a que se refiere la Disposición adicional octava de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.*

3. *Telefónica Servicios Móviles S.A. (filial al 100% de Telefónica de España S.A.) resultó adjudicataria de la concesión mediante la cesión que a su favor hizo Telefónica de España S.A. que era hasta ese momento la titular del servicio en virtud de lo dispuesto en la Orden de fecha 30 de marzo de 1995 del MOPTMA. La citada cesión fue autorizada mediante Orden de 28 de junio de 1995 del MOPTMA.*

*Telefónica Servicios Móviles S.A. fue autorizada a iniciar la prestación del servicio mediante Orden de 25 de julio de 1995 del MOPTMA. Por el contrario Airtel no pudo iniciar su actividad hasta el mes de octubre siguiente.*

4. *Telefónica Servicios Móviles S.A. es al mismo tiempo la compañía operadora encargada de la prestación del servicio monopolizado de telefonía móvil automática prestado mediante tecnología analógica, ya que éste le fue transferido de Telefónica de España S.A. mediante Orden de 3 de noviembre de 1995 del MOPTMA.*

5. *Para la comercialización del servicio de telefonía móvil se requiere un sistema de distribución que, además de vender el propio servicio, ofrece los terminales necesarios para su uso.*

*Telefónica Servicios Móviles S.A. cuenta con una extensa red de distribución, que en su mayor parte está constituida por los mismos componentes que hasta la liberalización de la telefonía móvil digital, lo son del servicio monopolizado analógico.*

*Por el contrario, Airtel ha debido organizar su propia red de distribución, compartiendo los ya utilizados por el grupo Telefónica o buscando nuevos interesados.*

*Telefónica Servicios Móviles S.A. con la intención de evitar el desarrollo de Airtel, ha puesto en práctica diversas acciones:*

*a) La conclusión de acuerdos con el canal históricamente establecido que contienen comisiones y recompensas para gratificar su compromiso de exclusiva y que no se abonan a los distribuidores no exclusivos, aparte de otras ventajas*

*económicas, primas y premios ligados a que los distribuidores consigan altas tanto en la telefonía analógica como digital.*

*b) La concentración de los distribuidores en los denominados "Grupos de distribución".*

*c) El ofrecimiento de primas a todos aquellos distribuidores que se comprometiesen con Telefónica con anterioridad a que Airtel S.A. comenzara a poder prestar sus servicios.*

*Concretamente, Telefónica Servicios Móviles S.A. para la contratación de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marca Moviline para la modalidad analógica y marca Movistar para la modalidad digital) utiliza una red de distribución formada por:*

*a) Agentes (contrato de distribución del servicio Movistar con relación de exclusividad) remunerados mediante la percepción de comisiones.*

*b) Agentes (contrato de distribución del servicio Movistar) remunerados mediante la percepción de comisiones. En la actualidad suscritos con cadenas, grandes superficies y almacenes y establecimientos diversos, muchos de ellos compatibilizando la modalidad Moviline.*

*c) Agentes (contrato de distribución del servicio Movistar para la gran distribución) remunerados mediante la percepción de comisiones.*

*d) Agentes (contrato de distribución del servicio Moviline) remunerados mediante la percepción de comisiones. En la actualidad suscritos con cadenas, grandes superficies y almacenes y establecimientos diversos.*

*e) Agentes (contrato de adhesión Telyco) remunerados mediante la percepción de comisiones.*

*Teleinformática y Comunicaciones S.A. (TELYCO), filial al 100% de Telefónica de España S.A., tiene firmado con Telefónica Servicios Móviles S.A.:*

- *Un contrato de distribución del servicio Movistar con relación de exclusividad.*

- *Un contrato de distribución del servicio Moviline.*

*f) El total de Oficinas comerciales de Telefónica de España S.A. y los números telefónicos asignados a las mismas 004 y 022 (contratos de distribución de los servicios Moviline y Movistar).*

*Los agentes o distribuidores realizan su actividad en los denominados puntos de venta y disponen de la posibilidad de utilizar subagentes y subdistribuidores respectivamente.*

*Las posibilidades de combinación entre los diferentes contratos son las siguientes:*

- *Sólo servicio Moviline.*
- *Sólo servicio Movistar.*
- *Servicio Moviline y Movistar no exclusivo.*

6. *Telefónica Servicios Móviles S.A mediante escritura notarial de ampliación de capital de fecha 13 de diciembre de 1995, realizó la separación y transferencia de los activos provenientes de Telefónica de España S.A. como único accionista, asignando bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil.*

*La referida escritura figura debidamente inscrita en el Registro Mercantil con fecha 11 de enero de 1996.*

7. *Telefónica Servicios Móviles S.A. tiene suscritos contratos onerosos con Telefónica de España S.A. de:*

- *arrendamiento de circuitos para la prestación del servicio de telefonía móvil automática, en sus modalidades analógica y GSM.*

- *uso de bienes y propiedades inmobiliarias.*

- *acuerdo general de interconexión.*

*- acuerdo de interconexión en su modalidad analógica.*

*- distribución del servicio Moviline.*

*- distribución del servicio Movistar.*

8. *No obstante la asignación de bienes, derechos y elementos diferenciados a cada una de las modalidades de telefonía móvil, Telefónica Servicio Móviles S.A., mediante la vinculación de los servicios analógico y digital y la transferencia de activos y recursos de todo tipo entre los servicios de telefonía móvil en sus dos modalidades analógica y digital, viene realizando:*

*a) Publicidad conjunta de los servicios de telefonía móvil de los que es titular (marca Moviline para la modalidad analógica y marca Movistar para la modalidad digital), beneficiándose de la imagen con la que cuenta como única empresa autorizada a prestar el servicio analógico, y sufragando los gastos publicitarios del nuevo servicio con los recursos obtenidos en su actividad monopolística.*

*b) Inversiones en los servicios de telefonía móvil para su modalidad analógica (TMA-90A).*

*- La utilización de estas "subvenciones cruzadas" entre los servicios analógico y digital y la realización de nuevas inversiones en el sector analógico, estarían, a juicio de Airtel, prohibidas por la Reglamentación técnica aplicable.*

*En resumen, todo el potencial del grupo Telefónica, los privilegios de los que ha gozado en el proceso de liberalización de la telefonía móvil y las conductas reseñadas impiden o, al menos, obstaculizan de forma importante a Airtel el acceso y la implantación en el mercado así como su desarrollo posterior.*

*Las conductas de las denunciadas descritas podrían estar presuntamente incursas entre las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, los citados hechos y más concretamente los contenidos en los puntos 5 y 8.a) podrían estar causando graves perjuicios a la sociedad*

*denunciante de carácter difícilmente reparable y parecen tener confirmación en la documentación aportada.*

*Teniendo en cuenta que el art. 45 de la mencionada Ley permite proponer en cualquier momento, bien de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares, esta Dirección General Acuerda proponer al Tribunal de Defensa de la Competencia las medidas cautelares consistentes en:*

*A) De las propuestas por Airtel:*

*1ª. En que por parte de Telefónica de Servicios Móviles S.A. 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. En que Telefónica de Servicios Móviles S.A. 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. En que por parte de Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Móviles S.A. 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. En que por parte de Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. 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. En que por parte de Telefónica de España S.A. 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. Por Providencia de fecha 10 de julio del corriente se admitió a trámite la solicitud de medidas cautelares, designándose Vocal Ponente a D. Juan Manuel Fernández López. Por la misma Providencia se ordenó dar traslado del escrito de solicitud de las medidas cautelares a los interesados y, conforme establece el art. 45.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, oírles por el Pleno del Tribunal, a cuyo efecto se señaló la audiencia del pasado día 15 de los corrientes a las 17 horas, dejando, entretanto, de manifiesto el expediente en Secretaría para instrucción de los interesados.
5. En el día y hora señalados para la audiencia comparecieron el representante del Servicio de Defensa de la Competencia y los de las empresas interesadas, quienes informaron en defensa de sus respectivas posiciones, aportando documentos, según quedó reflejado en la correspondiente diligencia extendida por el Sr. Secretario de este Tribunal con el visto bueno del Vocal Ponente.
6. Finalizada la audiencia, el Tribunal se reunió a deliberar, resolviendo sobre la adopción de las medidas cautelares y encargando la redacción de dicha Resolución al Vocal Ponente D. Juan Manuel Fernández López.
7. Son interesadas:
  - Telefónica de España S.A.
  - Telefónica Servicios Móviles S.A.
  - Teleinformática y Comunicación S.A.
  - Airtel Móvil S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La función normativa de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico es, principal e inicialmente, asegurar la ejecución de la Resolución que se dicte en un proceso. Mas la realidad legislativa nos demuestra, como destaca la doctrina (Ortells, Calderón Cuadrado) que tal función se extienda, además, a "*asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere*", según se desprende del art. 1428 LEC, en

referencia a las denominadas medidas innominadas o en blanco, ya que no se especifican las que pueden decretarse en el citado precepto de la Ley Procesal Civil. Legislación muy reciente y especial por razón de la materia también difieren la función de las medidas cautelares a asegurar la efectividad de las acciones que se ejercitan (art. 133 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, aplicable, igualmente, a las marcas por el reenvío que realiza el art. 40 de la Ley de Marcas de 11 de noviembre de 1988) e, incluso, a evitar un acto inminente y aún no producido (art. 25 de la Ley de 10 de enero de 1991, sobre Competencia Desleal).

En esta sucinta referencia puede comprobarse como el legislador ha ido extendiendo la función de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico, pues como señala Perrot, "la philosophie même de la mesure provisoire a changé"

En la aplicación práctica de las medidas cautelares se evidencia, asimismo, el avance en los últimos años de su adopción, pasando en poco tiempo de una situación poco receptiva de los órganos jurisdiccionales ante la solicitud de medidas cautelares, con fundamento en la posible implicación de la predeterminación del fallo definitivo, a la actual en que se han convertido en práctica habitual, en muy diversos procedimientos.

Incluso el Tribunal Constitucional ha señalado que "*la tutela efectiva judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución judicial definitiva que recaiga en el proceso*" (STC 10-2-1992, F.J. 7º). Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea hace notar que la necesidad de acudir al proceso por quien tiene razón no debe convertirse en daño por esperar a que se la den (S. 19-7-90 "Factortame").

En definitiva, hoy no se cuestiona la procedencia de medidas cautelares tanto para asegurar la ejecución de la Resolución definitiva que puede recaer en un proceso, como su efectividad, siempre, claro está, que se den los presupuestos y se cumplan los requisitos exigidos para cada tipo de medida cautelar.

2. La referencia hasta aquí hecha de las medidas cautelares a su aplicación jurisdiccional viene, evidentemente, condicionada por la vocación con que nace este instituto a su aplicación en aquella vía por Juzgados y Tribunales, más tratándose de doctrina general, también alcanzará, en

los principios que establece, a las que la Ley de Defensa de la Competencia confía su adopción a este Tribunal (art. 45 LDC).

En el ámbito concreto del procedimiento administrativo sancionador, el art. 136 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común prevé la posibilidad de medidas de carácter provisional cuando así lo regulen las normas de los distintos procedimientos sancionadores en concreto.

Y en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia, es su art. 45 el que contiene una sumaria disciplina de las medidas cautelares "*tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*" explicitando algunas concretas (apartados a. y b.) con carácter ejemplificativo y no limitativo, aunque en cualquier caso, con el límite de que no puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales (art. 45.2 LDC). En el mismo precepto se contemplan sus presupuestos y requisitos.

## 2.1 Como requisitos subjetivos se señalan:

2.1.1 Que se soliciten por el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 45.1) como legitimado directo para pedir, aunque también se legitima con carácter indirecto a los "interesados", quienes podrán instar del Servicio de Defensa de la Competencia la petición de medidas cautelares, pudiendo incluso plantearlas ante el Tribunal por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (art. 47 LDC). El Tribunal podrá exigir la prestación de fianza a los solicitantes conforme le habilita el art. 45.b. párrafo 2º LDC.

2.1.2 Que se propongan al Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en vía administrativa, para resolver sobre la pertinencia de las medidas cautelares.

## 2.2 Requisitos objetivos:

Que las medidas cautelares presuntas resulten necesarias para 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 resultase totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia.

## 2.3 Requisitos formales:

2.3.1. Sujeción al principio de celeridad, ya que el Tribunal ha de decidir en el plazo de tres días siguiente al de la audiencia de los interesados en término de cinco días (art. 45.3. LDC).

2.3.2. Limitación de su extensión en el tiempo ya que, en principio, no podrán exceder de seis meses (art. 45.6 LDC), aunque la última referencia del mismo párrafo a que cesarán en todo caso cuando se ejecute la resolución del Tribunal, en relación con la facultad que se establece en el apartado 5 del mismo precepto, en favor del Servicio de Defensa de la Competencia para que pueda en cualquier momento del expediente proponer su suspensión, modificación o revocación en virtud de circunstancias sobrevenidas, hace entrever el que se vuelvan a adoptar las mismas medidas atendiendo a circunstancias posteriores.

3. La injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que ésta se adopte en base a petición pura y simple (Calderón Cuadrado), por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia del resto de los requisitos que para cada supuesto haya establecido el legislador y que, como se viene señalando, para el caso que nos ocupa disciplina el art. 45 LDC y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina (Serra, Ramos, Calderón Cuadrado) que se concretan en los de "*fumus boni iuris*" y "*periculum in mora*".

3.1. La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebido como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente.

La situación jurídica cautelable se corresponderá aquí con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, de "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público ...*" (Exposición de Motivos de la LDC), evitando acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas que limitan la competencia en el mercado y que se concretan en los arts. 1, 6 y 7 LDC.

En cuanto al "*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. Peligro en la demora.

La indeterminación del legislador con expresiones como la de "*... medidas cautelares necesarias ...*" utilizada en el art. 45.1 LDC y que es técnica general en las regulaciones de estos presupuestos (así, "*medidas pertinentes*" utilizada en el art. 25 de la Ley de la Competencia Desleal), no puede extenderse a considerar que la indeterminación sea total. Así, una lectura más reposada del art. 45.1 LDC nos lleva a encontrar cierta concreción en la referencia de aquéllas "*necesarias*" "*tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*".

En definitiva, el "*periculum in mora*" vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, recogido, sin duda, en las medidas cautelares que prevé el art. 45 LDC. Y en tal sentido, aquellas expresiones no sólo sirven para determinar el "*periculum in mora*" sino que harán que el peligro actúe como fundamento de la cautela a la vez que como criterio delimitador de la misma.

La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido art. 45 LDC, aunque no limitativas, según quedó antes precisado, ponen 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. Así, el art. 45.b) concreta como medida cautelar la exigencia de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar donde tendrán acogida los intereses de competidores afectados por el acto anticompetitivo con efectos trascendentes en el mercado.

4. Habiéndose planteado cuestiones previas por la representación de Telefónica que pudieran afectar a la validez del expediente de medidas cautelares, es preciso entrar en su análisis.

4.1. Se ha alegado indefensión por la representación de Telefónica en el acto de audiencia a que fueron convocadas las partes, conforme prescribe el art. 45 LDC, por lo que "*prima facie*" es preciso entrar a considerar si efectivamente se ha causado algún tipo de indefensión, análisis que sólo alcanzará al marco de las medidas cautelares cuya posible adopción aquí se ventila.

Se fundamenta la supuesta indefensión en que el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, en el que se concretan las medidas cautelares que se solicitan contra Telefónica y sus empresas participadas contienen inexactitudes y no se explicitan los preceptos que se han podido infringir por aquellas empresas y que determinan la necesidad de la adopción de las medidas cautelares.

Como señala el Tribunal Constitucional en S. 66/1985, de 23 de mayo, "*el valor de los derechos fundamentales en su conjunto permite considerar implícitas en la Constitución, instituciones de garantía que ésta explícitamente no ha creado*" por lo que vienen a atraerse el elenco de garantías que enuncia el art. 24 de la Constitución del campo del proceso jurisdiccional al ámbito procedimental administrativo sancionador, haciendo de aquel precepto constitucional norma primera en el proceder cuando se actúe en Derecho penal y también en Derecho administrativo sancionador. Pero, ya el propio Tribunal Constitucional en S. 18/1981, de 8 de junio, señala esta comunión garantista entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, cuando en su F.J. 2 dice "*que 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*".

En el caso que nos ocupa no ha existido en ningún momento contravención al principio constitucional de la defensa. Es más, el especial procedimiento sancionador que diseña la Ley de Defensa de la Competencia, goza de especiales garantías que no concurren en el común de los procedimientos sancionadores administrativos, por cuando el legislador encarga de 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).

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 que alega la representación letrada de Telefónica pues, en el propio Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, a la petición de medidas, antecede una detallada concreción de conductas que se imputan a aquellas empresas que, según se afirma, "*podrían estar presuntamente incursas entre las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia*" (Hecho octavo, párrafo 6º). Pero, además, como se dice al comienzo del "Acuerdo", el expediente trae causa en denuncia de Airtel Móvil S.A., de la que se dio, en su momento, cumplido traslado a los denunciados, según consta en el expediente y donde la entidad denunciante detalla las conductas denunciadas y la calificación jurídica que le merecen. El expediente se viene tramitando desde el mes de enero del presente año, donde los denunciados han intervenido activamente, teniendo desde el principio conocimiento de las pretensiones de la denunciante y de su petición de medidas cautelares que, aunque el Servicio de Defensa de la Competencia, en su repetido Acuerdo, distingue entre las interesadas de parte y las pedidas de oficio, todas están contenidas, en esencia, en las pedidas por aquélla en la denuncia. En pocos supuestos la parte contra la que se solicitan medidas cautelares, ha gozado de tantas garantías de defensa como en el caso presente, ya que las medidas cautelares, normalmente, por su naturaleza cuasisorpresiva, se resuelven al comienzo de cualquier expediente o procedimiento y no cuando lleva varios meses instruyéndose como acontece en este caso.

Además, a Telefónica y a cada una de sus filiales se les dio por este Tribunal traslado del Acuerdo de solicitud de medidas, poniéndoles de manifiesto el expediente para su instrucción, y han sido oídas por el Pleno del Tribunal en dos ocasiones pues, incluso, se les concedió trámite para réplica.

- 4.2. Otra alegación, de carácter general y previa al examen de la procedencia de las medidas que hace la representación del grupo Telefónica, es la extemporaneidad en su petición por el Servicio de Defensa de la Competencia, toda vez que, según afirma, han transcurrido más de seis meses desde el inicio del expediente. Si

bien, es cierto que las medidas cautelares vienen pensadas por el legislador para que sean adoptadas, si procediese, al inicio del expediente, según ha quedado reflejado en el Fundamento Jurídico nº 3, olvidan los denunciados que el art. 45 LDC, que señala al Servicio de Defensa de la Competencia como único legitimado directo "*ad initio*", le habilita para proponerlas al Tribunal en cualquier momento de la tramitación del expediente. Además, en cualquier caso, la petición tardía de las medidas por el Servicio de Defensa de la Competencia, no puede perjudicar al legitimado indirecto, Airtel, que las solicitó en su escrito inicial de denuncia, y que ha insistido en su necesidad y procedencia al ser oída por este Tribunal.

En definitiva, procede entrar a examinar la procedencia de las medidas cautelares cuya adopción se interesa.

5. Pero 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 delimitado, y si el esperar a la Resolución definitiva puede conllevar a su ineficacia o imposible ejecución.

Por lo que respecta al mercado de producto, en el sector de la telefonía existen varios mercados, que pueden concretarse en dos principales, servicio de telefonía vocal fija y servicio de comunicaciones móviles, tal y como los delimita la Directiva 90/338/CEE.

Mas, dentro del mercado de la telefonía móvil se distinguen dos sistemas- analógico y digital- que se diferencian principalmente por operar el segundo de ellos mejoras técnicas del otro, ofreciendo una mayor calidad de voz, espectro disponible, más grado de discreción para el usuario, etc. El sistema de telefonía analógico es operado desde hace aproximadamente veinte años por Telefónica en régimen de monopolio, situación que continúa en la actualidad en cuanto que dicha compañía es operador único del sistema analógico en todo el territorio nacional, sin que en nada se oponga a esta consideración la afirmación vertida en la audiencia celebrada por este Tribunal por la representación de Telefónica, de que podría ser solicitada ahora otra licencia para operar este servicio, pues, aún en tal supuesto, las cosas son lo que son, sin que

puedan desvirtuarse por hechos no acontecidos. El Servicio de telefonía analógico de Telefónica viene distinguido con la marca Moviline.

Además, Telefónica opera también una concesión administrativa de telefonía digital que le fue otorgada por decisión legal (Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1486/1994), que transfiere a su filial Telefónica Móviles y que distingue con la marca "Movistar", mientras que Airtel opera la segunda concesión tras participar en concurso público y por la que hubo de abonar 85.000.000.000 ptas., bajo la marca "Airtel".

Parece, en principio, que el mercado relevante de productos es el de la telefonía móvil por cuanto ambos sistemas 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. No obstante, es preciso señalar que la Comisión Europea en su Decisión 95/489 Ommitel-Pronto Italia ha diferenciado el mercado de la telefonía móvil digital del mercado de la telefonía móvil analógico.

No obstante lo anterior, según datos facilitados por la propia Telefónica, la cuota de Airtel en este último es del 35,39%, referido al 1 de enero pasado, de donde se deduce que la propia Telefónica Móviles ostenta una cuota del 64,61%. Tanto si se considera, como mercado relevante el de la telefonía móvil en general, en el que se comprende el servicio de telefonía analógico donde Telefónica es único operador, como si aquél se circunscribe a la telefonía digital, desde la perspectiva indiciaria de las medidas cautelares, se puede afirmar que Telefónica parece ostentar una posición de dominio en cualquiera de dichos mercados. En todo caso las conductas reprochadas por Airtel a Telefónica se derivan de la posición de dominio de ésta indudablemente en el sector de la telefonía general.

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 y es en él donde operan tanto la entidad denunciante como las denunciadas, por lo que hemos de considerar éste como mercado relevante geográfico.

6. Entrando al análisis de las medidas concretas cuya adopción se ha propuesto a este Tribunal y dada la conexión o consecuencia existente entre alguna de las pedidas, se examinarán, en su caso, conjuntamente, teniendo en cuenta esta relación. El Servicio, recogiendo las pedidas por Airtel, propone como 1ª y 2ª las siguientes:

- "1ª. *en que por parte de TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES, S.A. 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. *en que TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. 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".*

Según ha señalado en el acto de la audiencia ante el Tribunal la representación de Airtel, estos distribuidores con pacto de exclusividad a que se refiere la primera medida, son aquéllos que en su mayoría venían distribuyendo el sistema de telefonía analógico -Moviline-, cuya única concesión tiene Telefónica y que ahora continúan por la exclusiva para la distribución del sistema de telefonía digital -Movistar- con lo que se impide que puedan ser también distribuidores de Airtel. Estos distribuidores que a través de la contratación del sistema Moviline ya tenían relación con los clientes finales, y son a juicio de Airtel, los clientes de mayor calidad, representan el 66% de las ventas.

A la hora de decidir sobre la adopción de la cautela propuesta, hay ante todo que considerar que se trata de contratos suscritos por Telefonía Móviles con terceras personas ajenas a esta litis y a las que, evidentemente, va a afectar, sin haber sido siquiera oídos. De otro lado, no consta ni mínimamente de forma indiciaria que actuaran de mala fe y con la intención de impedir el acceso al mercado a Airtel, debiendo, en todo caso, presumírseles la buena fe.

No resulta posible en el marco de las medidas cautelares el traer aquí todos y cada uno de los contratos, que no obran en el Expediente, y proceder a su análisis después de haber oído a todas las partes intervinientes en los mismos.

Por todo ello, la medida propuesta ha de ser rechazada, de igual modo que ha de serlo la 2ª por su conexión con la anterior y, por los mismos motivos.

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. Al ser oídos los interesados por el Tribunal, el representante de Telefónica alegó la legalidad del pacto de contratación de la distribución exclusiva y el pago de mayores comisiones con respecto de otros distribuidores y agentes no vinculados por la exclusividad.

A este respecto, el Tribunal quiere recordar su doctrina contenida en las Resoluciones de 17 de marzo de 1992, Expte. 272/90, Repsol-Butano, y de 5 de diciembre de 1992, Ascensores, referida a que una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no ostentan tal posición.

7. Se solicita también por el Servicio de oficio la adopción de la siguiente medida cautelar:

*"2ª en que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. 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".*

Para decidir sobre si procede adoptar la anterior cautela, resulta necesario analizar la conducta de Telefónica en la explotación de los servicios de telefonía analógica y digital.

7.1. Telefónica, como ya quedó antes referido, viene explotando desde hace unos veinte años y en régimen de monopolio el servicio de telefonía móvil analógico, que distingue con la marca Moviline. Para ello, contaba con una amplia red de distribuidores.

7.2. Telefónica es concesionaria de una licencia para la prestación del servicio de telefonía digital, que distingue con la marca Movistar, según Orden de fecha 30 de marzo de 1995 del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 1 de julio de 1994, que cede a su filial Telefónica Móviles por Orden de 28 de junio de 1995 del citado Ministerio.

También se cede por Telefónica a su filial Telefónica Móviles la explotación del servicio Moviline.

- 7.3. Por su parte, Airtel resulta adjudicataria de la segunda licencia para explotación del servicio de telefonía móvil digital tras el correspondiente concurso público y por la que hubo de abonar 85.000.000.000 ptas., no contando con infraestructura comercial previa.
- 7.4. Telefónica Móviles contrata con su matriz Telefónica la distribución de ambos sistemas de telefonía móvil (Moviline y Movistar), contando ésta con diversas oficinas comerciales en todo el territorio nacional y con las que puede conectarse mediante los teléfonos -004- (para abonados individuales) y 022 (para empresas). A través de ambos números pueden contratarse los sistemas -Moviline y Movistar-.
- 7.5. La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto de 1 de julio de 1994, en su número 4, obliga a Telefónica de España S.A. a inventariar los bienes y relacionar el personal que se adscribe al servicio de telefonía móvil digital de manera que permita su identificación como unidad de negocio diferenciado. Iguales exigencias se establecen para la modalidad de telefonía analógica en la Transitoria Tercera, número 5. Para ambos negocios se señala la obligación de llevanza de contabilidades separadas.

A la aparente posición de dominio de Telefónica, antes señalado, se une ahora el que a través de la distribución de ambos servicios telefónicos por la propia compañía Telefónica, convertida en distribuidora de su filial, se vienen a concentrar en ésta la distribución de los sistemas Moviline y Movistar a través de unos puntos de venta que tienen excepcional relevancia, las oficinas comerciales del monopolio. A los problemas derivados de la comercialización conjunta de ambos sistemas de telefonía móvil, sobre los que haremos posteriores consideraciones, se une el que puede colocarse al competidor Airtel en situación de desventaja a la hora de competir y tal conducta podría conllevar un abuso de posición de dominio por parte de Telefónica, lo que vendría prohibido por el art. 6 LDC.

Especial significación puede tener el que se utilicen los medios de las citadas oficinas comerciales, con personal de gran experiencia, permitiendo su acceso a través de los números telefónicos citados

a clientes y posibles clientes, quienes, en opinión de la representación letrada de Airtel, serán normalmente los de mayor potencial económico y, por tanto, con mayor incidencia en el volumen de facturación.

Las consecuencias que pueden derivarse para Airtel de continuar proporcionándose información y posibilitándose la contratación del servicio telefónico Movistar a través de los números telefónicos de las oficinas comerciales de Telefónica, aunque se entrevén desfavorables, resultan imprevisibles. El esperar a la resolución definitiva del expediente se evidencia que imposibilitaría su reparación.

Por las anteriores razones, el Tribunal entiende que ha de estimarse parcialmente la medida solicitada y vetarse el que a través de los números telefónicos 004 y 022 pueda contratarse el servicio de telefonía digital distinguido con la marca Movistar, así como el tratamiento de cualquier cuestión o información relacionada con la contratación o prestación del mismo. No ve el Tribunal razones para impedir, en cambio, que pueden seguir utilizándose dichos números para la contratación del sistema distinguido con la marca Moviline, que quedará diferenciado de la comercialización del sistema digital Movistar.

8. Finalmente, también se solicita al Tribunal la adopción de las siguientes medidas:

Como propuesta por Airtel:

*"3ª.en que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. y TELEINFORMATICA 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"*

De oficio:

*"1ª.en que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. Y TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A. se incorporen a la publicidad que se realice en lo sucesivo las referencias necesarias que permitan distinguir el"*

*servicio monopolizado de aquel que se encuentra en la actualidad liberalizado y en competencia con AIRTEL".*

A las consideraciones señaladas en el anterior Fundamento jurídico, respecto de las posibles consecuencias en el mercado de la comercialización conjunta por Telefónica y sus filiales de los sistemas telefónicos analógico y digital, es preciso añadir aquí que por aquellas empresas se vienen realizando anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación social de los dos sistemas Moviline y Movistar. Ello es público y notorio, dada la intensidad de las campañas publicitarias y, además, constan algunos ejemplos gráficos en el expediente. Incluso ambas marcas de servicio se integran por un logotipo utilizado por Telefónica en todos los servicios, consistente en una T mayúscula cuyos dos tramos se forman por líneas de puntos dentro de un círculo excéntrico, con lo que la presencia de la imagen de Telefónica adquiere aún mayor intensidad. Con todo ello se pudiera estar transmitiendo a los consumidores dos mensajes principales distorsionados. De una parte, la imagen del monopolio y con ella su amplia experiencia en el campo de la telefonía en general y su presencia asistencial en cualquier punto de la geografía nacional. También el que ambos sistemas de telefonía Moviline y Movistar gozan del mismo índice de cobertura geográfica. En tales supuestos el único competidor Airtel, en el sistema de la telefonía digital, pudiera ver lesionados sus intereses y aquella práctica pudiera ser considerada como desleal (art. 7 Ley de Competencia Desleal de 10 de febrero de 1991 y art. 4 Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988), con gran trascendencia en las condiciones de competencia en el mercado y con incidencia en intereses públicos, por cuanto afectaría a los consumidores a cuya protección están obligados los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1. y 2 de la Constitución y entre cuyos derechos básicos se reconoce el de información correcta sobre los diferentes productos o servicios (art. 2.1.d. de la Ley 24/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Por todo ello el Tribunal entiende que debe cesarse en la publicidad conjunta de los servicios distinguidos por las marcas Moviline y Movistar que vienen realizando Telefónica y sus filiales Telefónica Móviles y Telyco, y la propia naturaleza y efectos de la publicidad aconsejan la adopción de la medida cautelar, ya que de esperarse a la resolución definitiva del expediente perdería su eficacia.

9. La cautela a que se refiere el anterior fundamento ha sido pedida al Servicio de Defensa de la Competencia por Airtel y aquél la ha propuesto

al Tribunal. Toda vez que de su adopción, caso de no estimarse definitivamente las infracciones denunciadas por Airtel, pudieran derivarse perjuicios económicos para Telefónica y sus empresas filiales, estima el Tribunal que ha de exigirse fianza a aquella entidad.

Sobre el establecimiento de criterios para la fijación de estas fianzas no se ha llegado por la doctrina a concreción uniforme alguna, si bien todos coinciden en que, en todo caso, debe la fianza ser proporcional a los posibles daños derivados de la adopción de la medida y responder a criterios de prudencia de tal forma que su cuantía no imposibilite a la solicitante su constitución, convirtiéndose así la medida en imposible.

Las partes no han proporcionado criterio alguno por su cuantificación. Sólo la representación de Telefónica y referida a todas las pedidas ha señalado la cifra de cuatro mil millones de pesetas, para el supuesto de que se adopten medidas cautelares, sin argumentación de tipo alguno.

Atendiendo a criterios de sana lógica y prudencia y con el fin de evitar daños innecesarios a la parte contra la que se adoptan, el Tribunal fija la fianza a constituir por Airtel en la cantidad de cien millones de pesetas, mediante aval bancario incondicional y a primer requerimiento, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

Como fecha para que sea efectiva la medida de cesación de toda publicidad conjunta de los sistema de telefonía distinguidos como Moviline y Movistar se fija el plazo de treinta días naturales, que se contarán desde la fecha en que sea constituida la fianza por parte de Airtel a satisfacción de este Tribunal.

10. Las medidas cautelares que aquí se acuerdan tendrán una duración de seis meses (art. 45.6 LDC) que comienza a contarse desde la efectividad de las mismas, esto es, la contenida en el Fundamento Jurídico 7 -desde el día siguiente a la notificación de esta resolución y aquella a que se refiere el Fundamento 8 a partir de los treinta días siguientes a que sea declarada bastante la fianza que ha de constituir Airtel.

En cualquier caso ambas medidas cautelares cesarán en el momento en que recaiga Resolución en el expediente principal y ésta resulte ejecutiva.

**VISTOS** los artículos mencionados y demás de general aplicación, el Tribunal

**HA RESUELTO**

Estimar parcialmente la petición de medidas cautelares solicitadas por el Servicio de Defensa de la Competencia respecto de Telefónica de España S.A., Telefónica de Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. y acordar la adopción de las siguientes:

1. Ordenar a Telefónica de España S.A. 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.
2. Ordenar a Telefónica de España S.A., Telefónica Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. 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 Móvil S.A., a que se refiere el número siguiente.

3. Imponer a Airtel Móvil S.A. una fianza de cien millones de pesetas para responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse para Telefónica de España S.A., Telefónica de Servicios Móviles S.A. y Teleinformática y Comunicaciones S.A. 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.

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

En cualquier caso, en el momento en que recaiga Resolución definitiva del Expediente y resultare ejecutiva, cesarán las medidas de inmediato.

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.