

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expte. R 348/98, TOTAL España)

■ En Madrid a 23 de febrero de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 348/98 (número 1325/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por la ASOCIACION DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA contra el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 30 de noviembre de 1998, del expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación recurrente contra la empresa TOTAL ESPAÑA, S.A. por prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

El 26 de diciembre de 1995 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de Don Jaime José Avila López en nombre de la ASOCIACION DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA (en adelante ASOCIACION) contra TOTAL ESPAÑA, S.A. (en adelante TOTAL), por supuestas infracciones de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE, del 18), de Defensa de la Competencia (LDC). La ASOCIACION denunciaba que TOTAL había suscrito con las empresas pertenecientes a dicha ASOCIACION 13 contratos de abanderamiento y suministro en exclusiva. En opinión de la denunciante, TOTAL, «con la colaboración de las otras grandes del sector, fijan los precios de venta al público de los carburantes, al mantener y fijar mutuamente entre todas ellas el denominado margen comercial». En opinión de la ASOCIACION esta conducta constituía una infracción del artículo 1.1.a de la LDC. Manifestaba, por otra parte, el escrito de denuncia que los precios de venta de carburantes son prácticamente iguales en las abanderadas de las grandes compañías, en perjuicio del consumidor final. Exponía, además, que la competencia con las estaciones de servicio libres, es decir, aquellas que no son abanderadas de ninguna gran compañía, es prácticamente imposible porque el margen obtenido por los independientes duplicaba o triplicaba al de los abanderados. También denunciaba un abuso de posición dominante por parte de TOTAL, así como una infracción del artículo 7 de la LDC, sin especificar los hechos que pudieran constituir estas infracciones.

A la vista de la denuncia, considerando que podría haber indicios de infracción de la LDC, por Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 21 de febrero de 1996 se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente al que correspondió el número 1325/95.

Tras realizar el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) las investigaciones que consideró oportunas, el 30 de noviembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente.

El 23 de diciembre de 1998 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, en adelante) recurso de la ASOCIACION contra el mencionado Acuerdo de sobreseimiento.

Tras recibir del SDC, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el informe correspondiente al recurso presentado y el Expediente 1325/95, el Tribunal, por Providencia de 14 de enero de 1999, designó Ponente y puso de manifiesto el expedien-

te a los interesados para que pudieran formular las alegaciones pertinentes.

Los días 3 de febrero y 8 de febrero de 1999 se recibieron en el Tribunal las alegaciones de TOTAL y de la ASOCIACION.

Por Providencia de 7 de abril de 1999 se nombró nuevo Ponente al haber cesado el anteriormente designado.

El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 15 de febrero de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

Son interesados:

- Asociación de Empresas Abanderadas de Total España.
- Total España, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) De las siete conclusiones en las que se basaba el Servicio para proponer el sobreseimiento finalmente acordado, la ASOCIACION impugna, en su recurso ante el Tribunal, las cinco primeras (folio 734), que se transcriben a continuación.

«1. En primer lugar hay que considerar que la ASOCIACION denuncia exclusivamente a TOTAL por una infracción del artículo 1 de la LDC y para que exista la citada infracción debe haber pluralidad de partes.

2. En cuanto a la actuación concertada con otras petroleras, no ha habido ni denuncia explícita contra otros operadores, ni aportación de prueba de la concertación. Por otro lado, la cuota de mercado de TOTAL es tan pequeña que, de existir concertación, sería entre las tres grandes, que no son parte del expediente.

3. En cuanto al establecimiento de márgenes similares por todas las grandes compañías, como se ha visto en el análisis de los contratos, los propios titulares de las estaciones de servicio pertenecientes a la ASOCIACION pactaron con TOTAL una cláusula en la que se les garantizaba que percibirían márgenes similares a los establecidos por las compañías líderes del sector que estuvieran situadas en la misma zona geográfica. De ello no se deduce que las grandes compañías hayan llegado a un acuerdo para satisfacer los mismos márgenes, antes bien, se trata de un acuerdo entre TOTAL y sus abanderadas con el fin de garantizarles unos ingresos en consonancia con los de la zona, de forma tal que, de producirse una guerra de precios, sea TOTAL quien actúe de colchón y no se produzca una pérdida económica para el titular que ponga en peligro su existencia en el mercado. Los denunciantes no pueden “venire contra factum proprium”.

4. Por lo que se refiere a que las estaciones libres tienen mayores márgenes que las que están abanderadas por TOTAL, ello se explica por motivos puramente económicos, ya que las citadas estaciones no reciben ninguna contraprestación de inversión ni pagos por exclusividad, que sí reciben, en cambio, las estaciones abanderadas. Por este motivo si las estaciones “libres” fuesen suministradas por TOTAL, aunque las condiciones de suministro no fueran las mismas que para las abanderadas, no existiría discriminación.

5. La condición imprescindible para que pueda imputarse una infracción del artículo 6 de la LDC es que exista posición de dominio. De los datos que figuran en el expediente se desprende que TOTAL no ostenta posición de dominio, por lo que no proce-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

de calificar ninguna conducta de TOTAL como abuso de posición dominante.»

El recurrente, ante la primera conclusión del Informe del SDC, alega que «existe pluralidad de partes al colaborar TOTAL con otras grandes del sector fijando de forma directa los precios de venta al público de los carburantes al mantener y fijar mutuamente entre todas ellas el margen comercial».

El denunciante no presenta en el expediente ninguna prueba sobre la citada colaboración de TOTAL con otras grandes del sector para fijar de forma directa los precios de venta al público de los carburantes. Se apoya únicamente en la cláusula existente en los contratos de TOTAL con las estaciones de servicio abanderadas, según la cual se garantiza a éstas la percepción de márgenes equivalentes a los ofrecidos por los tres operadores con mayor significación en la misma zona geográfica. (El margen se define como la diferencia entre el precio recomendado de reventa y el precio a que TOTAL vende a la estación).

A este respecto, TOTAL ha explicado (folio 260), sin que el recurrente lo haya discutido, que esta garantía de márgenes equivalentes a los ofrecidos por otras petroleras nació del deseo de las propias estaciones de servicio de asegurarse un margen comercial equivalente al que en su momento se atribuía a las estaciones de servicio concesionarias del Monopolio, así como a su preocupación ante el hecho de que, al ser variable el precio de venta que cada estación debe establecer según la competencia existente en su entorno, no quede anulado su margen ante las fluctuaciones de precio del producto suministrado por TOTAL.

Si se tiene en cuenta, por otra parte, que TOTAL sólo mantiene relaciones de abanderamiento con 26 de las más de 6.000 estaciones de servicio existentes en España (folio 261) resultaría temerario deducir la colusión horizontal entre petroleras de la simple existencia de una cláusula contractual existente en tan pequeño número de contratos verticales, de cuya lectura, además, no se deduce que la similitud de márgenes se obtenga por acuerdo entre las petroleras.

La ASOCIACION objeta la segunda conclusión del informe del Servicio por considerar que «la denunciada actúa de transportista siendo el suministrador BP Oil España, tal como se deduce de los documentos de acompañamiento comercial y albaranes aportados (folios 211-225) junto a la denuncia.

TOTAL explica en sus alegaciones ante el Tribunal que adquiere los carburantes de la refinería del grupo sita en Marsella, distribuyéndolos a través de las infraestructuras logísticas de CAPESA en el puerto de Barcelona y de PETROVAL (filial 100 por 100 de TOTAL) en el puerto de Valencia y no contrata con CLH. Ocasionalmente ha adquirido carburantes a operadoras participantes en CLH antes de la salida del depósito fiscal y de la liquidación del impuesto especial, siendo necesario en tales casos que en el Documento de Acompañamiento figure el titular originario del producto, en cumplimiento de los artículos 20, 22 y 24 del Reglamento de Impuestos Especiales.

Los documentos aportados por la ASOCIACION denunciante no prueban, entonces, otra cosa que la adquisición por TOTAL de carburantes a otras petroleras que operan en España y, como las meras transacciones comerciales entre las empresas petroleras no constituyen indicio de acuerdo colusivo entre ellas, la alegación del recurrente debe ser desestimada. 4) Objeta también la Asociación la tercera conclusión del Servicio alegando que resulta «inevitable la existencia de márgenes similares para todas las grandes compañías respecto de los denominados “libres”».

Esta alegación reitera el argumento de la similitud de márgenes, referido ahora a la diferencia existente entre los aplicados a estaciones que mantienen distintas situaciones contractuales con las petroleras. Sobre tal similitud se alega que es innegable, sin aportar ningún dato concreto, por lo que la simple enunciación no puede admitirse como prueba de ningún tipo de infracción.

5) Por lo que respecta a la cuarta conclusión del Servicio sobre la diferencia entre los márgenes de las estaciones abanderadas y el

de las llamadas libres, el recurrente considera que se está ante una infracción del artículo 1.1.d LDC ya que las compañías petroleras aplican condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

Considera, sin embargo, el Tribunal, en consonancia con la conclusión del Servicio, que no se puede atender esta alegación por cuanto que lo que sería realmente discriminatorio es la aplicación de iguales márgenes a las estaciones libres que a las abanderadas, pues éstas han recibido o reciben otro tipo de compensaciones económicas.

Este asunto ha sido tratado por el Tribunal en diversas resoluciones. La Resolución del Expediente r 118/95, REPSOL/BP/CEPSA de 22 de noviembre de 1995, por ejemplo, dice:

«En efecto, no cabe hablar de discriminación en materia de precios y comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas. En este caso, las condiciones económicas aplicadas a las estaciones de servicio son diferentes a las aplicadas a los mayoristas y a los suministradores de instalaciones fijas y las comisiones pagadas a estos últimos superiores a las establecidas para aquéllas; pero estas diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución.» «La citada relación ha de encuadrarse, desde un punto de vista jurídico, entre aquellos contratos denominados de compra en exclusiva, es decir, acuerdos voluntarios entre empresarios en los que, a cambio de una serie de contraprestaciones comerciales (abanderamiento), económicas (comisiones o márgenes) o financieras (créditos para la construcción mejora o equipamiento de la instalación), el titular de la estación de servicio se compromete a suministrarse en exclusiva de un determinado operador petrolífero durante un número de años.»

6) Impugna también la ASOCIACION la quinta conclusión del Servicio por considerar que «hay posición dominante de TOTAL por la imposición de precio de venta al usuario o precio recomendado y la obligación de compra en exclusiva que imposibilita jugar con el margen comercial»

En realidad, los datos del expediente muestran que TOTAL no tiene posición dominante ni en la importación ni en la producción ni en la distribución de carburantes en el mercado nacional. Por lo que respecta a la relación entre TOTAL y sus empresas abanderadas, se trata de una relación vertical que debe ajustarse a lo dispuesto por las normas que regulan la compra en exclusiva tanto en la UE como en España. Estas normas permiten el compromiso de compra en exclusiva siempre que TOTAL no imponga los precios de venta al público.

La recomendación de precios no equivale a imposición de precios y no supone una infracción de las normas, ya que deja en libertad a las estaciones de servicio para fijar el precio de venta al público que deseen por encima o por debajo del nivel recomendado. Será decisión de cada estación elegir el precio de venta, y en consecuencia el margen real recibido, en función de las variables que determinan la demanda de cada punto de venta. Este es el momento en que las estaciones se diferencian de los meros comisionistas o de las pertenecientes al productor pues, tal como se especifica en los contratos entre TOTAL y las estaciones abanderadas, el suministro de los productos se efectuará mediante la venta en firme de los mismos al titular, el cual se encargará de revenderlos a sus clientes por su propia cuenta y riesgo.

7) Por último, en el escrito de alegaciones citado en el AH 6, la ASOCIACION alega que, pese a lo dispuesto en el Reglamento 1984/83, de la Comisión, no hay beneficio para los consumidores puesto que la calidad de todas las gasolinas es la misma, las petroleras compran a otras el combustible para servirlo luego bajo su marca y las gasolineras no pueden fijar ni bajar precios dado lo estrecho del margen que reciben.

El Reglamento 1984/83, de exención de determinados acuerdos de compra exclusiva, sostiene en su séptimo considerando



SECCION JURIDICO- ECONOMICA

que, en general, estos acuerdos contribuyen a reservar a los usuarios una parte equitativa de la ventaja resultante, ya que se benefician de un suministro regular y pueden procurarse más rápida y fácilmente los productos. Precisamente por esta y otras consideraciones se concede la exención para estos acuerdos que, de otra manera, estarían prohibidos.

Las razones que alega el recurrente no contradicen las ventajas para el usuario que el citado séptimo considerando atribuye a los contratos de compra exclusiva, sino que reiteran los mismos argumentos que el Tribunal ha desestimado en los fundamentos de derecho anteriores.

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

HA RESUELTO

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la ASOCIACION DE EMPRESAS ABANDERADAS DE TOTAL ESPAÑA contra el Acuerdo de sobreseimiento del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 30 de noviembre de 1998, del expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación recurrente contra la empresa TOTAL ESPAÑA, S.A.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que, por consiguiente, contra la misma sólo podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación. ■

(Expte. A 112/95, Morosos Fabricantes Cartón Ondulado)

■ En Madrid, a 24 de febrero del 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Señor PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 112/95, Morosos Fabricantes Cartón Ondulado (1176/94 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), seguido por solicitud de prórroga de un registro de morosos de la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado, autorizado por un plazo de cinco años mediante Resolución del Tribunal de 21 de febrero de 1995.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Asociación referenciada ha solicitado, antes de su vencimiento, prórroga de la mencionada autorización, mediante escrito dirigido al Servicio el 18 de octubre de 1999.

2. El Servicio ha puesto en conocimiento del Tribunal dicha solicitud, así como su informe favorable a la misma, mediante escrito de 17 de enero del 2000 que tiene entrada el día siguiente.

3. El Tribunal deliberó y falló en Pleno el 22 de febrero del año 2000.

4. Es interesada la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente procedimiento tiene por objeto resolver sobre la solicitud de prórroga de la autorización singular otorgada por el

Tribunal a la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado mediante Resolución de 21 de febrero de 1995.

2. El artículo 4.3 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), establece que las autorizaciones singulares serán renovadas a petición de los interesados y, oído el Servicio, si, a juicio del Tribunal, persisten las circunstancias que la motivaron.

3. El Tribunal, una vez examinada la solicitud, coincide con el Servicio en que dichas circunstancias persisten, por lo que considera procedente conceder por cinco años la prórroga solicitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 LDC.

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

RESUELVE

Primero: Prorrogar por cinco años, a partir de la expiración de su plazo el 21 de febrero del 2000, la autorización singular concedida por Resolución de 21 de febrero de 1995.

Segundo: Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia que vigile la ejecución y el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución y que proceda a su inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia.

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 contados desde la notificación de la presente Resolución. ■

(Expte. r 380/99, Funerarias Madrid)

■ En Madrid, a 8 de marzo de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente Don Javier Huerta Troléz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 380/99 (1808/98 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por la Asociación Funeraria de España (AFUES) contra el Acuerdo de archivo de 2 de julio de 1999 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 22 de mayo de 1998, se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por el legal representante de la Asociación Funeraria de España (AFUES) contra el Ministerio de Justicia y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (EMSFM).

La denunciante imputaba al Organismo y empresa denunciados la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, tipificadas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con la designación de esta última como única empresa encargada de los traslados de cadáveres al Instituto Anatómico Forense por orden judicial y en relación con la posterior contratación de los servicios funerarios para esos mismos cadáveres.

Segundo. Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la práctica de una información reservada, como diligencia previa encaminada a comprobar la procedencia de la incoación de expediente o del archivo de la denuncia.

Una vez oídas las partes denunciante y denunciadas y practica-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

das las comprobaciones que se estimaron necesarias, el Ilustrísimo Señor Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo motivado, de fecha 2 de julio de 1999, en el que se declara la procedencia del archivo de la denuncia, por estimar que las conductas a que ésta se refería no se encuentran entre las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el Acuerdo señalaba en sus diferentes apartados que «Según manifiesta el Ministerio de Justicia (folios 42 a 47), el convenio de colaboración firmado con la EMSFM, **apenas si entró en vigor**, debido al ya mencionado Auto del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991, que suspendió parte de las normas contenidas en el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/90, de 28 de septiembre, y que servía de base jurídica de dicho convenio. El contenido de dicho convenio se limitaba a establecer que la EMSFM realizaría el transporte de los cadáveres desde el lugar del levantamiento del mismo hasta el Instituto Anatómico Forense, pudiendo la EMSFM tener acceso a los locales del mencionado Instituto para la contratación con los familiares de los fallecidos los correspondientes servicios funerarios, no previéndose ningún coste ni para el Ministerio ni para los familiares por dichos servicios judiciales. Es decir, a cambio de la realización de dichos transportes, la EMSFM acudía en exclusiva al mercado originado como consecuencia de los mismos.

A partir de la liberalización de los servicios funerarios, éstos se han venido prestando en régimen de libre competencia, para lo cual, ha sido necesaria una regulación de los mismos a nivel municipal. En Madrid, ésta se produce a través de la Ordenanza del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, de 21 de marzo de 1997, reguladora de los servicios funerarios en el Municipio de Madrid, parcialmente anulada. En cualquier caso, desde la liberalización de dichos servicios, y como revelan las cifras aportadas por la EMSFM, el número de servicios funerarios contratados por empresas terceras son los familiares de los fallecidos trasladados al Instituto Anatómico ha venido creciendo, reflejando la liberalización existente en dicho mercado. En efecto, las cifras aportadas muestran que un 18 por 100 en 1997 y un 28 por 100 en la primera mitad del año 98 de los servicios originados como consecuencia de los traslados judiciales al Instituto Anatómico no fueron efectuados por la EMSFM. La captación de dichos clientes se realiza por las distintas empresas en las inmediaciones del citado Instituto.

Hay que tener en cuenta que todos los transportes judiciales de los cadáveres son trasladados al mencionado Instituto por la EMSFM. Esta situación se produce como consecuencia de que la competencia sobre dichos traslados, como se verá posteriormente, es del propio juzgado.

Parece que los responsables en última instancia de los traslados judiciales son los propios juzgados encargados de los casos, como señala el Ministerio de Justicia en su contestación y, como ha señalado recientemente el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución r 282/97, *Funerarias Alcalá*, de 1 de junio de 1998. En el Fundamento de Derecho 8.º de dicha Resolución, el Tribunal señala:

El propio Ministerio de Justicia señala en su escrito que, a pesar de no tener competencias al respecto, se ha puesto en contacto con la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, responsable del registro de Empresas, Instalaciones y Servicios Funerarios, solicitándole la relación de empresas autorizadas por los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, con el fin de remitir dicha relación a los juzgados para el conocimiento de Jueces y Magistrados. En el momento del escrito, el Ministerio no había logrado todavía dicha lista completa, estando pendiente de su remisión por parte de la citada Consejería.

Por lo tanto no hay indicios de infracción por parte de la EMSFM del artículo 6 de la LDC, ya que no hay ni discriminación ni acaparamiento. En cualquier caso, el propio transcurso del tiempo y medidas, como la puesta en conocimiento de los Jue-

ces y Magistrados de la nueva situación del mercado de los servicios funerarios, permitirán normalizar la situación.»

Tercero. Contra dicho Acuerdo la Asociación denunciante interpuso recurso ante este Tribunal, por medio de escrito presentado el día 21 de julio de 1999, en el que manifiesta su disconformidad con el archivo y reitera tanto la fundamentación jurídica como las peticiones contenidas en su escrito de denuncia.

Admitido el recurso y cumplidos los trámites legales, el Tribunal dictó Providencia el 8 de septiembre siguiente, dando traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones, lo que hicieron en tiempo y forma tanto la parte recurrente como los denunciados, en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Cuarto. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 29 de febrero de 2000.

Quinto. Son interesados:

- La Asociación Funeraria de España (AFUES).
- El Ministerio de Justicia.
- La Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (EMSFM).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. La Asociación recurrente impugna el Acuerdo de 2 de julio de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia formulada por aquélla, argumentando, en síntesis, que la instrucción practicada por el Servicio no se ha centrado en el verdadero problema, que es la utilización de la información privilegiada con que cuenta la EMSFM, S.A. como consecuencia de ser la única empresa que realiza traslados judiciales de fallecidos en el término municipal de Madrid, de la que se vale para acaparar los posteriores servicios funerarios de dichos fallecidos, desde el Instituto Anatómico Forense hasta su destino final.

Estima asimismo que el mercado relevante a considerar es el de los servicios funerarios de los fallecidos que llegan al Instituto Anatómico Forense «desde el ámbito local del Municipio de Madrid», en el que la empresa denunciada ostenta una absoluta posición de dominio.

Por su parte, el Ministerio de Justicia, en escrito remitido a este Tribunal el 23 de septiembre de 1999, a cuyo contenido se ha adherido más tarde la empresa denunciada EMSFM, S.A., alegó que «las facultades de los Organos jurisdiccionales en orden al contenido de las resoluciones judiciales que adopten, cualquiera que sea la índole de éstas, son soberanas e independientes, debiendo ajustarse a las disposiciones en vigor sobre esta materia», añadiendo que, pese a ello, se había remitido al Juez Decano de Madrid un listado de las empresas funerarias legalmente autorizadas en Madrid, para su difusión entre Jueces y Magistrados.

Segundo. Examinando los escritos y alegaciones formuladas por las partes interesadas, así como la documentación que obra en el expediente, debe llegarse a la conclusión de que el Acuerdo impugnado ha de ser confirmado, al no poder apreciarse que las conductas denunciadas constituyan una infracción de las previstas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, refiriéndonos inicialmente al Convenio celebrado el día 4 de julio de 1991 entre el Ministerio de Justicia y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (EMSFM) que, aunque no se menciona expresamente en el recurso, constituye el punto de partida de la denuncia formulada en su día por la recurrente y es el único vínculo de dicho Ministerio, como parte denunciada, con el objeto del expediente, es preciso recordar que dicho convenio se adoptó en desarrollo del artículo 139.3 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1990 y que, suspendida la vigencia de dicho precepto por Auto de la Sala 3.ª



del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991, el Ministerio de Justicia suspendió la aplicación del citado Convenio que, en su escasa semana de vida, no llegó a ser aplicado.

Por otra parte, hay que precisar, siguiendo a la Sentencia de 19 de abril de 1999, de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que la prestación de servicios funerarios «constituye indudablemente un servicio público que no puede estar sometido a las normas reguladoras de la economía del mercado, como si de un servicio comercial se tratara», lo que justifica, tanto la intervención, en su día, del órgano administrativo denunciado, como la discrecionalidad judicial en la determinación de las empresas que, en cada caso concreto, han de realizar los traslados de cadáveres al Instituto Anatómico Forense.

Tercero. Sentado lo anterior, debemos centrarnos en el objeto principal del recurso que, como queda dicho, se refiere a la posible infracción por parte de la EMSFM del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, al valerse abusivamente de su posición de dominio en el mercado de los traslados judiciales de cadáveres, para obtener de los familiares del fallecido la posterior contratación de los servicios funerarios desde el Instituto Anatómico Forense hasta el lugar del sepelio.

El recurrente comienza por discrepar del Servicio de Defensa de la Competencia en cuanto a la determinación del mercado geográfico de referencia que, en su opinión, no es el de los traslados judiciales con origen en la Comunidad de Madrid, como estima el Servicio, sino el de aquellos que se originan dentro del término municipal de la Capital, lo que, a su juicio es relevante, ya que estos últimos son realizados en su totalidad por la EMSFM, mientras los que los que parten de otras localidades de la provincia se llevan a cabo por diferentes empresas funerarias.

En este punto el Tribunal ha de coincidir con el Servicio en que el mercado a delimitar es el de los servicios funerarios que tienen su punto de partida en el Instituto Anatómico Forense de Madrid, cualquiera que sea el lugar de la provincia en el que se produjo el fallecimiento, pues lo contrario significaría una segmentación del mercado excesivamente casuista, que impide observar su estructura y funcionamiento con la necesaria perspectiva. En todo caso, el Servicio reconoce la posición de supremacía de la empresa denunciada incluso en el mercado más amplio de los servicios funerarios de Madrid, como consecuencia de haber sido la única operadora en este mercado antes de la liberalización desarrollada por la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, de 21 de marzo de 1997, si bien su cuota de mercado parece reducirse de forma apreciable desde ese momento, ya que, incluso con referencia al ámbito restringido de los servicios funerarios originados en el Instituto Anatómico Forense, que son objeto de este expediente, en el año 1997 la penetración de otras empresas fue del 18 por 100 y en los seis primeros meses de 1998 dicha cifra se incrementó hasta el 28 por 100, lo que proporciona una idea de que la privilegiada posición que ostentaba en el mercado la EMSFM, derivada de su condición de ex monopolista, no le atribuía la necesaria independencia de comportamiento para imponer precios o condiciones de mercado o para impedir el avance de sus nuevos competidores.

Cuarto. Las anteriores consideraciones resultan reforzadas por el análisis de los hechos investigados por el Servicio, de los que aparece que la empresa denunciada no ha actuado de forma anticompetitiva en la tarea de obtener contratos para realizar los servicios funerarios con origen en el Instituto Anatómico Forense, pues, por una parte, no se ha podido acreditar que el hecho de realizar el traslado de un cadáver por orden judicial desde el lugar del óbito hasta las dependencias citadas, permita a la empresa que realiza el traslado conocer los datos identificativos necesarios para ponerse en contacto con los familiares del fallecido con anterioridad a otras empresas competidoras y lograr así una ventaja en la contratación de los posteriores servicios funerarios.

Por otra parte, como ya ha declarado este Tribunal en la Resolución 424/98, refiriéndose también a los fallecidos trasladados

por orden judicial, «la mayor parte de los servicios son sufragados por las compañías aseguradoras, que lógicamente son las que han de elegir las empresas que deben prestarlos», por lo que parece poco relevante la identidad de la empresa que haya realizado el previo traslado judicial.

Finalmente, recordando las cifras de penetración de otras empresas en el mercado de referencia, a que se hace mención en el Fundamento Jurídico anterior, puede afirmarse que nos encontramos ante un mercado perteneciente a un sector recientemente liberalizado, que ya desde el primer año ha evolucionado de forma apreciable hacia la plena competencia.

Quinto. De acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo recurrido, ya que las conductas denunciadas no reúnen los requisitos precisos para ser calificadas como determinantes de una infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989, al no constituir actos de abuso de posición dominante, sin que se aprecien indicios de discriminación, acaparamiento o intención de expulsar a los competidores del mercado, por lo que procede confirmar el archivo decretado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Funeraria de España (AFUES) contra el Acuerdo de archivo de 2 de julio de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y a los denunciados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación. ■

(Expte. 456/ 99, Retevisión/Telefónica)

■ En Madrid, a 8 de marzo de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 456/99 (1787/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia de 2 de abril de 1998 de Don José Manuel García-Mon Benayas, en nombre de RETE-VISION, S.A. (RETEVISIÓN, en adelante), en el que se formula denuncia contra TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. (TELEFÓNICA, en adelante) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE, del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en:

- desarrollar una estrategia planeada y premeditada destinada a obstaculizar e impedir la entrada en el mercado y el establecimiento del nuevo operador RETEVISIÓN, en particular mediante el desarrollo de una campaña publicitaria de unos planes de descuento no autorizados con la finalidad de bloquear la contratación de servicios del nuevo operador, que constituiría un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC,
- utilizar, para el diseño y desarrollo de la citada campaña, información sobre la evolución de su competidor, a la que TELEFÓNICA tiene acceso dada la actual situación del mercado español de la telefonía básica y, en particular, del denominado «acceso indirecto» a través del cual presta RETEVISIÓN sus servicios, que



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

constituiría igualmente un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC,

- y desarrollar una campaña publicitaria engañosa al publicar unos productos que no existían, que no habían sido aprobados y que, de hecho, finalmente no fueron aprobados en los mismos términos de su inicial comercialización, lo que constituiría un posible acto prohibido de competencia desleal al que sería de aplicación la prohibición del artículo 7 de la LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Servicio consideró que era necesario llevar a cabo, en el marco de la instrucción de la información reservada (artículo 36.2. LDC), como acto previo a la posible incoación de expediente sancionador, una investigación domiciliar de las previstas en los artículos 33 y 34 de la LDC en las sedes de TELEFÓNICA y de la agencia de publicidad BASSAT, OGILVY & MATHER (Bassat, en adelante) (folios 72 a 482, expediente SDC).

2. Estimando, tras la información reservada, que existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, el Servicio, con fecha 29 de abril 1998, decidió la apertura de expediente sancionador con el número 1787/98, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 6 y 7 de la LDC (folios 483 a 487 expediente SDC).

3. Con fecha 2 de septiembre de 1998, el Servicio procedió a formular el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos susceptibles de constituir infracción de la LDC (folios 798 a 820 expediente SDC). En el mismo, además de los Hechos Acreditados y su valoración, se efectúa una descripción de la regulación del mercado y se acomete la delimitación del mercado relevante.

4. El 8 de abril de 1999 tuvo entrada en el Tribunal el Informe-Propuesta del Servicio previsto en el artículo 37.3 LDC, junto con el expediente sancionador 1787/98.

5. El 13 de abril de 1999 los Vocales Señores Castañeda Boniche y Pascual y Vicente comunicaron al Pleno su abstención por concurrir en ellos la causa consignada en la letra c), en relación con la b), del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6. Por Auto de 3 de mayo de 1999 el Tribunal admitió a trámite el expediente, asignándole el número 456/99, poniéndolo de manifiesto a los interesados, a fin de que pudieran proponer las pruebas que estimaran necesarias y solicitar la celebración de Vista, en los términos del artículo 40 LDC.

7. Retevisión, en escrito de 27 de mayo de 1999, y Telefónica, en escrito de 7 de junio de 1999 solicitaron las pruebas que consideraron oportunas. En sus respectivos escritos, Retevisión no consideraba necesaria la vista oral, mientras que Telefónica interesaba su celebración.

8. Por Auto de 29 de septiembre de 1999 el Tribunal resolvió sobre la procedencia de las pruebas solicitadas por las partes.

9. El 15 de octubre de 1999 Telefónica aportó los documentos de prueba que le habían sido requeridos por el Tribunal, solicitando que, parte de ellos, por constituir secretos de negocios, fueran declarados confidenciales al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC.

10. El 20 de octubre de 1999, en presencia de las partes, se practicó la prueba testifical que había sido solicitada por Telefónica, S.A.

11. El 20 de octubre de 1999 Retevisión aportó los documentos de prueba que le habían sido requeridos por el Tribunal, solicitando que, parte de ellos, por contener secretos comerciales, fueran declarados confidenciales al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC.

12. Por Providencia de 8 de noviembre de 1999 se trasladó a las partes las solicitudes de confidencialidad para que manifestasen, en el plazo de cinco días, cuanto a su derecho pudiera convenir manteniendo, mientras tanto, en pieza separada del expediente la documentación correspondiente.

13. Telefónica, en escrito de 18 de noviembre, presentó alegaciones señalando la improcedencia de la solicitud de confidencialidad de Retevisión y la procedencia de mantener la confidencialidad de los documentos aportados por Telefónica.

14. Por auto de 10 de diciembre de 1999 se comunicó a las partes que el Tribunal no consideraba procedente declarar la confidencialidad de los documentos aportados y que éstos quedaban incorporados al expediente, poniendo de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba, dando plazo para alegaciones y convocando la vista que prevé el artículo 41 LDC.

15. El 10 de enero de 2000 se recibieron en el Tribunal las alegaciones de Telefónica, quien aportó, además, el 26 de enero de 2000 un Informe Económico sobre la campaña publicitaria objeto de este expediente.

16. La Vista se celebró a las 10 horas del día 27 de enero de 2000, concluida la cual los representantes de las partes entregaron la *instructa* de sus intervenciones.

17. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 22 de febrero de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

18. Son interesados:

- Retevisión, S.A.
- Telefónica, S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. Telefónica, S.A. (antes Telefonica de España, S.A.) es el primer operador de telecomunicaciones del mercado español, con una facturación en 1996 y 1997 por el servicio telefónico básico de 1.223 y 1.340 miles de millones de pesetas, respectivamente (Informe Anual de Telefónica 1997, folios 128 a 227 expdte. SDC).

2. Retevisión, S.A. es el segundo operador de telefonía básica en el mercado nacional, en el que comenzó a prestar sus servicios de telefonía básica de alcance interprovincial e internacional el día 23 de enero de 1998, a través del denominado sistema de gestión indirecta, mediante la utilización, previa contraprestación, de las redes de Telefónica para el encaminamiento de las llamadas de sus abonados.

3. El mercado de las telecomunicaciones ha experimentado en los últimos años un proceso de liberalización progresiva, culminando en 1998 con la apertura a la competencia del mercado de la telefonía básica.

El desarrollo de este proceso ha supuesto el paso de los servicios objeto del Contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica de 26 de diciembre de 1991, que se atribuían a Telefónica en condiciones de monopolio, al régimen de competencia plena o restringida.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

En particular, el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, y la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones, que derogó al anterior, otorgaron a Retevisión el título habilitante para prestar el servicio telefónico básico urbano, interurbano e internacional, así como el servicio portador soporte del mismo.

La transición desde una situación de monopolio legal a otra de libre competencia en este sector basado en la prestación de servicios a través de redes, requiere una regulación que asegure la entrada a los nuevos operadores en condiciones competitivas ya que, de otra forma, se enfrentarían a un mercado no expugnable.

De esta regulación forman parte las normas antes citadas así como el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores y por la Orden del Ministerio de Fomento, de 18 de marzo de 1997, por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante. El desarrollo legislativo culmina con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

De este conjunto de disposiciones destacan los siguientes aspectos:

- El operador dominante, en este caso Telefónica, debe someter a autorización previa sus tarifas del servicio telefónico básico y las de interconexión para la prestación del mismo. Esta autorización compete a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, en adelante) (artículo 16 del Real Decreto-ley 7/1996 y artículo 28 del Real Decreto 1912/1997).
- El operador dominante propietario de la red básica debe permitir el acceso a la misma en condiciones transparentes, no discriminatorias, objetivas, igualitarias, y proporcionales a las condiciones de las que disfruta el propio titular de la red (artículo 2.8 del Real Decreto-ley 6/1996, artículo 18 del Real Decreto 1912/1997 y artículo 22 de la Ley 11/1998).
- En un sector en el que resulta imprescindible la utilización de redes, la aplicación de los principios de la libre competencia exige la creación de operadores con una masa crítica mínima (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/1997).

4. El artículo 4 y la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1912/1997 señalan que Telefónica es operador dominante en la prestación del servicio telefónico básico.

El artículo 38.1 y la disposición adicional tercera de la Ley 11/1998 establecen que Telefónica es operador dominante a los efectos de la prestación del servicio universal. El servicio universal se define en el artículo 37 como «el conjunto definido de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible».

Además, Telefónica es el operador propietario de la red básica de telecomunicaciones y controla, por lo tanto, el acceso a una instalación necesaria para la prestación de servicios en el mercado relevante.

5. Telefónica aprobó en junio de 1997 un conjunto de acciones estratégicas de cara a la apertura del mercado, en reunión del Comité de Dirección el día 23 de junio de 1997 y formalizadas en reunión del día 22 de septiembre (folios 522, 523 a 525 y 526, versiones censuradas de los folios 91, 97 a 99 y 101 expediente SDC).

Estas acciones estaban compuestas por: la creación de una base de datos de los clientes, un grupo de productos, no definidos, denominados Bonos y Paquetes de Tráfico y la realización de una serie de estudios de mercado.

6. Los productos denominados Bonos y Paquetes de Tráfico, estaban concebidos para fomentar el consumo en los tramos de

tráfico provincial, interprovincial e internacional (folio 523, versión censurada del folio 97 expediente SDC).

Telefónica elaboró un estudio de mercado previo al lanzamiento de estos productos para conocer el potencial de motivación con respecto a las diferentes ofertas, así como los ejes de comunicación más adecuados para favorecer su aceptación (folio 524, versión censurada del folio 98 expediente SDC).

Telefónica ha elaborado diversos estudios para el análisis del mercado de la Unidad de Negocio de Gran Público para conocer los distintos segmentos de los que se compone el mercado, así como su potencialidad en las distintas áreas de negocio (folio 522, versión censurada del folio 91 expediente SDC).

En la relación de ficheros activos de Telefónica inscritos en el Registro General de Protección de Datos se comprueba cómo Telefónica dispone de ficheros del mercado segmentado en función del consumo histórico. De esta forma, el fichero inscrito con el nombre Segmentación de Mercados tiene la siguiente descripción y finalidad (folio 752 expediente SDC):

«Descripción: Información acumulada de facturación de los principales clientes de TELEFÓNICA.

Finalidad: clasificación de los clientes de TELEFÓNICA en función de su facturación con objeto de prestar tratamiento comercial diferenciado»

7. Telefónica trató de lanzar, en septiembre de 1997, una serie de productos comercializados como los Planes Personales. Se trataba de productos basados en descuentos a determinados colectivos de usuarios para incentivar el consumo. Se encuadran dentro de los productos aprobados en junio con el nombre genérico de Bonos y Paquetes de Tráfico. Los Planes Personales fueron paralizados por la CMT poco después de su lanzamiento publicitario, ante la inminente liberalización del mercado dado su carácter discriminatorio, al poder producir un efecto de fidelización en determinados grupos de clientes, estar ligados al consumo personal y por suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado.

8. La Dirección de Mercados de la CMT señaló que los Planes Personales podrían tener los siguientes efectos (folio 720 expdte. SDC):

«I) Creación de un vínculo de dependencia para los clientes con respecto a TELEFÓNICA. II) Creación de impedimentos de entrada de operadores en el mercado español de telefonía de larga distancia. III) Discriminación en la aplicación a terceros de condiciones desiguales para prestaciones idénticas. IV) Reforzamiento de la posición de dominio de TELEFÓNICA».

9. En diciembre de 1997, tras la paralización de los Planes Personales, Telefónica preveía la posible utilización activa de paquetes de consumo, no definidos en ese momento, para incentivar el consumo, recuperar parte de la clientela migrada a la competencia y evitar la selección ocasional de operadores de la competencia por parte de los clientes retenidos, una vez se liberalizase el mercado, tal y como se recoge en un documento denominado «Estrategias Alternativas 98-2000», de 20 de diciembre de 1997 (folios 760, 761 y 763, versiones censuradas de los folios 672, 677 y 681 expediente SDC).

10. Retevisión comenzó a promocionarse en el mercado español el 9 de enero de 1998 a través de una campaña de publicidad, cuyos símbolos más visibles eran la frase «Por fin hay alguien al otro lado» y el anuncio de «La Cabina telefónica». Posteriormente, el día 16 de enero anunciaba la posibilidad de obtener información y de apuntarse a sus servicios a través del número 015. Y finalmente, el día 23 de enero, comenzó a ofrecer la posibilidad de utilizar sus servicios, mediante la marcación del prefijo 050 para el encaminamiento de las llamadas (folio 694 expediente SDC).



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

11. El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una nueva oferta de productos denominados *Los Planes Claros*.

Estos planes consistían en distintos paquetes de descuento para las llamadas interprovinciales e internacionales en horarios determinados, que llegaban hasta el 60 por 100. La descripción de los mismos efectuada en su folleto publicitario (folios 416 a 419 expediente SDC) es la siguiente:

«Los Planes Claros de Descuento de TELEFÓNICA son cinco programas totalmente gratuitos y personalizados, diseñados a la medida de nuestros clientes: Plan 5 Estrellas, Plan&Rock, Plan Hello!, Plan Comunidad y Plan 3 en casa.

Los descuentos se realizan sobre las llamadas a los números de teléfono que el cliente elige, con un máximo de 10. Así, los hogares conseguirán un gran ahorro en las llamadas a familiares y amigos residentes en otras provincias y en el extranjero, y los profesionales podrán reducir sustancialmente sus costes de telecomunicaciones.

Los planes claros	Tipo de llamadas	Tipo de descuento	Horario	A quién va dirigido
Plan 5 Estrellas	Inter-provincial	60%	De 21h. a 8h.	Mayores de 60 años
Plan & Rock	Inter-provincial	35% 10%	De 21h. a 8h. De 8h. a 21h.	Menores de 35 años
Plan Hello!	Internacional	40% 10%	De 22h. a 8h. De 8h. a 22h.	Todos los clientes
Plan Comunidad	Inter-provincial (misma C.A.)	50%	De 21h. a 8h.	Todos los clientes
Plan 3 en casa	Inter-provincial	40% 10%	De 21h. a 8h. De 8h. a 21h.	Hogares con más de 3 personas

12. Los Planes Claros fueron objeto de publicidad desde el 5 de febrero hasta el 5 de marzo.

En una nota informativa de Telefónica de 5 de febrero de 1998 (folio 75 expediente SDC), se señala:

«La campaña comercial tiene su cara más visible en un amplio despliegue publicitario y de marketing que —con una inversión cercana a los 1.500 millones de pesetas— comienza hoy mismo con los primeros anuncios de televisión. Bajo el lema genérico de «Los Planes Claros. Tú decides», la campaña de publicidad —de una creatividad muy impactante y original— se desarrollará de forma masiva en los principales medios escritos, en horarios de máxima audiencia en televisión y en radio. La campaña ha sido creada por Bassat, Ogilvy & Mather y tendrá una duración de un mes».

En el folleto publicitario mencionado en el AH 10, se recoge:

«Para que todos nuestros clientes conozcan los Planes Claros de TELEFÓNICA, hemos desarrollado una campaña de comunicación muy popular. Capaz de llegar a toda la sociedad con un recurso universal: el humor. Así transmitimos nuestro mensaje de forma sencilla y contundente.

En la campaña publicitaria, un personaje aparece en distintas situaciones y presenta cada uno de los planes utilizando un lenguaje coloquial. La campaña consiste en:

— 7 spots de televisión [...] Estos spots se incluirán en todas las televisiones nacionales y autonómicas.

— originales de prensa con el mismo personaje, reforzando las situaciones de la campaña televisiva.

— cuñas de radio...

— carteles, folletos y expositores para informar al público en todas las Tiendas TELEFÓNICA.»

En el documento que recoge la Presentación de la campaña a la red de ventas (folios 663 a 667 expediente SDC), efectuada el 4 de febrero, se alude a la intensidad de la misma diciendo:

«El lanzamiento de esta gran oferta va a estar soportado por una intensa y clara campaña de publicitaria en todos los medios, haciéndose mención a los cinco planes de ahorro y a los productos «llámame gratis» y «servicio de mantenimiento integral». La campaña que ahora veréis saldrá al aire mañana día 5 al mediodía con una intensidad sin precedentes y una contundencia y claridad que podréis comprobar.»

13. En el año 1997 y primer trimestre de 1998, Telefónica realizó las 38 campañas publicitarias que se indican en el Cuadro 1 con un coste medio por campaña de 285 millones de pesetas. La campaña de los Planes Claros tuvo un coste de 1.494 millones de pesetas, correspondiendo de esta cifra la cantidad de 271 millones a la publicidad de Los Planes Claros aprobados. Sólo la campaña publicitaria correspondiente al anuncio de la Oferta Pública de Venta (1.905 millones) superó en coste a la de Los Planes Claros.

CUADRO 1

Campañas	Coste (M. Pta.)
OPV+Follow-up.....	1.905
Alianzas internacionales-Institución Corporativa	448
La Comunicación en persona	685
Oficinas Comerc. «Promoción Montelo».....	18
Oficinas Comerc. «Promoción Ryder Cup».....	7
Oficinas Comerc. «Día de la Madre».....	77
Oficinas Comerciales «Mayo».....	28
Telespacio Valencia	22
Tráfico Internacional	325
Bajada Tarifas Internacionales e Interprovinciales	373
Servicio Contestador	72
Pymes	70
Frame Relay	24
CABITEL	119
Beeper.....	283
Bienvenida.....	279
Día de la Madre	45
Multiasistencia	120
Moviline Imagen	1.028
«Movivox»	118
Moviline Promoción 1.ª Fase	150
Moviline Promoción Navidad	451
Moviline Promoción.....	601
Precios/Cobertura	44
Tarjeta Activa	728
Movistar Gestión	105
Imagen.....	339
Verano Movistar.....	134
Movistar Gestión	182
Recarga Activa	42
Imagen Confianza	403
Activa Joven.....	290
Navidad	591
Número Unico	339
50-40-33	116
Recarga Activa	123
P.Cl. aprobados	271

Fuente: Folios 139-140 expediente TDC.

La campaña fue particularmente intensa en la primera semana de emisión, tal como se aprecia en el Cuadro 2.



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

CUADRO 2

IMPACTOS (GRP) POR SEMANA												
	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	9ª	10ª	11ª	12ª
Telefónica	—	—	—	—	2.305	780	412	178	—	437	—	—
Retevisión	421	476	497	404	344	307	311	240	97	195	499	422

Fuente: (Folio 1328 expediente SDC).

Este hecho es consecuente con lo previsto en los documentos de preparación de la campaña:

SALIR AL AIRE. Campaña PLATAFORMA DE PRESENTACION: en el aire, coincidiendo con la Rueda de Prensa del Consejo Delegado de Telefónica el 5 de febrero de 1998, con un mínimo de 3 semanas en antena y altísimo impacto en los tres primeros días (folio 256 expediente SDC).

14. El Briefing (principales directrices y ejes de comunicación de Telefónica a la agencia de publicidad) remitido a la agencia el 21 de enero, señala (folios 242 a 267 expediente SDC):

«OBJETIVOS:

— Generar una percepción favorable a la oferta de precios y productos de TELEFÓNICA

— Generar una duda razonable sobre la bondad de la oferta de precios de RETEVISIÓN»

[...]

«Las OFERTAS DE PRECIO consisten en descuentos sobre llamadas provinciales, nacionales e internacionales dirigidos a colectivos claramente identificados (jóvenes, familias, tercera edad y pretenden reducir el coste de sus llamadas, en determinadas franjas horarias, y con cuantías diferentes (folio 549, versión censurada del 248 expediente SDC).

[...]

«La petición que realizamos a las Agencias consiste en la propuesta de un PLAN DE LANZAMIENTO que construya una imagen eficaz, clara y altamente notoria de esta oferta, sitúe a TELEFÓNICA como la mejor opción valor-precio en telefonía, impida (minimice) el uso del 050 y de los servicios de RETEVISIÓN y genere demanda de estos productos y servicios.»

[...]

«Se trata de evidenciar que la oferta de RETEVISIÓN no es tan buena, que su oferta no es siempre la más barata, y que sólo TELEFÓNICA puede ofrecerte la sencillez...»

[...]

«El sentido de este planteamiento viene provocado por la amenaza de la competencia («Siempre más baratos que TELEFÓNICA») y la necesidad de ser muy contundentes en esta nuestra primera comunicación después de la liberalización del mercado.»

[...]

«EJES DE COMUNICACION: Asentar la idea de que TELEFÓNICA tiene ofertas en precios muy atractivos, que evitan la incomodidad de tener que decidir el uso de otro operador para algunas llamadas (marcar 050 antes), y que las ofertas están segmentadas para adecuarse a las necesidades de cada uno (VALUE FOR MONEY)»

[...]

«MANDATORIOS: Hace falta contrarrestar con Precio y Valor lo que RETEVISIÓN es sólo oferta plana de descuentos, y productos sólo de larga distancia (las menos frecuentes).»

En un fax (folio 310 expediente SDC), de 22 de enero de 1998, entre miembros de la agencia de publicidad, cuyo asunto es «curso campaña paquetes de descuento de TELEFÓNICA», se contienen comentarios de TELEFÓNICA complementarios al Briefing recibido:

«Aparte de los documentos de Briefing que ha recibido Bassat, es importante tener en cuenta estos comentarios por parte de TELEFÓNICA:

En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de RETEVISIÓN.»

15. La planificación temporal (Timing) de la preparación de la campaña de publicidad de los Planes Claros (folio 267 expediente SDC) fue la siguiente:

- Briefing: 21 de enero de 1998.
- Presentación: 26 de enero de 1998.
- Decisión: 27 de enero de 1998.
- Rodaje de película: 29 de enero de 1998.
- Entrega de copias de emisión: 4 de febrero de 1998.
- Material impreso BTL/ Apoyo a Ventas: 4 de febrero de 1998.

El entonces Director de Marketing de Telefónica señalaba, refiriéndose a los Planes Claros, que «el procedimiento de concepción del producto mencionado ha sido muy rápido para responder al mercado, que no es el habitual, y que no tiene nada que ver con Los Planes Personales». (Folio 425 expediente SDC).

Este ejecutivo señala también (folio 425 expediente SDC) que no existe ninguna documentación referida a dicho producto anterior a enero del 98.

En el índice de productos para 1998 incluido en un documento denominado «Productos 1998», de noviembre de 1997 (folios 660 y 661 expediente SDC), no se hace mención a los productos de descuento de Los Planes Claros, salvo al Friend & Family Internacional.

16. De los cinco planes de descuento, cuatro de ellos, los referidos a las llamadas interprovinciales, estaban sometidos a autorización por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la CMT.

TELEFÓNICA solicitó la autorización el mismo día 5 de febrero en el que se inició su campaña de publicidad.

Los siguientes documentos hacen referencia a la duda de que fueran aprobados y al probable efecto sobre los usuarios.

«Alternativa si nos aprueban los planes: necesitamos una película nueva comunicando que los planes están aprobados y reactivando las llamadas al 004» (folio 364 expediente SDC) [Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad. Asunto: Los Planes Claros]

«PELICULAS: Como ya se ha avanzado, al hablar de nombres, se realizarán dos películas más. Una para el Servicio de Mantenimiento Integral... La otra película corresponde al Servicio «Llámeme Gratis».

La razón de tener estas películas es contar con suficiente material para mantener la campaña en caso de que el Ministerio de Fomento decidiese cortarla. En este sentido se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: «Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento», que exculparía a Telefónica ante la opinión popular» (folio 376), acta de la reunión con Bassat, 29 de enero de 1998.

«La agencia habla con..., que hace los siguientes comentarios



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

tras la reunión con el departamento legal: [...] 2. aún no es producto vendible, en el sentido de que todavía no está autorizado...» (folio 379 expediente SDC) [Informe de la agencia de publicidad sobre unas conversaciones telefónicas mantenidas con TELEFÓNICA el día 29 de enero de 1998].

«Además de la comunicación sobre las llamadas recibidas en el 004, tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la CMT, tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas.

Por tanto necesitamos una alternativa creativa en los distintos medios si el caso fuera que la CMT nos deniega la aprobación de los Planes de Descuento. De esta forma, nuestros usuarios sabrán que no es TELEFÓNICA la que no ofrece descuentos a sus distintos segmentos de usuarios, sino que simplemente se le deniega la posibilidad de hacerlo». (Folio 375 expediente SDC) Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad de 11 de febrero. Asunto: Los Planes Claros.

«— Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas. — Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía.» (Folio 388 expediente SDC). Documento de 12 de febrero de 1998, sobre la campaña posterior «Campaña Multiproducto».

17. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobó, el 5 de marzo de 1998 (BOE, 14 de marzo), la propuesta de la Secretaría General de Comunicaciones que introducía las siguientes modificaciones a los planes anunciados por Telefónica: el Plan Comunidad se extendió también a las provincias limítrofes, el Plan 3 en casa se extendió a todos los usuarios y desapareció el Plan & Rock, dirigido a los menores de treinta y cinco años,

18. Los siguientes documentos contienen valoraciones iniciales de Telefónica sobre el impacto de la campaña:

- Briefing Nuevos Productos Gran Público, de 26 de febrero, de otra campaña de publicidad inmediatamente posterior (folios 278 a 296 expediente SDC).

«ESCENARIO: DE DÓNDE VENIMOS A DÓNDE VAMOS. Con Planes Claros, hemos sembrado la duda del precio/descuento y ya no está «Tan Claro» que haya que llamar al 015.»

- Documento de TELEFÓNICA, de 12 de febrero, sobre la denominada Campaña Multiproducto, que debería ser posterior y complementaria a la de los Planes Claros (folios 381 a 409 expediente SDC):

«OBJETIVOS (CONT)

Si con los Planes Claros el objetivo era generar la duda ante la promesa de ahorro del 2.º operador, ahora damos un paso adelante...»

- Documento sobre la Campaña Multiproducto de 12 de febrero de 1998 (folios 381 a 409 expediente SDC):

«1. TELEFÓNICA: ANTECEDENTES (CONT.)
Comunicación:

— La última campaña corporativa realizada fue [...]

— En septiembre tuvo lugar el lanzamiento de los Planes Personales, que fueron suspendidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

2. LANZAMIENTO DE RETEVISIÓN

Oferta Comercial:

— Precios hasta un 25 por 100 más bajos [...]

Los resultados:

— 300.000 llamadas en la primera semana de campaña

— 120.000 clientes (personas que han facilitado sus datos y están habilitados para llamar a través del 050).

3. LOS PLANES CLAROS

— El 5 de febrero se lanzaron los Planes Claros, consistentes en:

[...]

— Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas.

— Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El informe del Servicio propone que se declare y sancione la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

- *Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por concebir y desarrollar los planes de descuento, comercializados bajo el nombre de Los Planes Claros, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado del operador entrante en el mercado, en los términos descritos en los Hechos Acreditados 6, 7 y 8 del Pliego de Concreción de Hechos.*

- *Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por concebir y desarrollar los planes de descuento, comercializados bajo el nombre de Los Planes Claros, con la finalidad de reforzar su posición de dominio en el mercado relevante, en los términos descritos en el apartado 1 y 3 de los Efectos en el Mercado del Pliego y en el apartado 5 de este Informe.*

- *Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por la utilización de información sobre el consumo histórico de sus clientes, a la que tiene acceso en virtud de su condición de operador ex-monopolista y propietario de la red básica de telecomunicaciones, para la concepción de la estrategia anti-competitiva consistente en el lanzamiento de la campaña de publicidad de Los Planes Claros, en los términos descritos en el Hecho Acreditado 8 del Pliego.*

- *Infracción del artículo 7 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, al desarrollar una campaña de publicidad engañosa, que ha falseado deliberadamente la competencia en el mercado relevante, en los términos descritos en el Hecho Acreditado número 5.6, y en los apartados de Efectos en el Mercado del Pliego y del Informe.*

2. En el trámite de valoración de prueba y durante la Vista, Telefónica ha presentado una serie de alegaciones al Informe del Servicio.

Conviene, en primer lugar, examinar la alegación según la cual las manifestaciones verbales de los empleados de Telefónica fueron obtenidas por el Servicio de forma ilegítima en la inspecciones domiciliarias del día 22 de abril a que hace referencia el AH 1, así como la solicitud de que se retire del expediente la



SECCION JURIDICO- ECONOMICA

documentación en la que se recogen las manifestaciones de los cuadros de Telefónica y de Bassat.

El Tribunal constata que en la Orden de Investigación del Director General de Defensa de la Competencia presentada en los dos locales de Telefónica investigados se señala que *el responsable del local tiene derecho a denegar su consentimiento a la investigación domiciliaria*, así como que los funcionarios designados *podrán recabar el testimonio del personal que se encuentre en las instalaciones inspeccionadas* (folio 78).

En el acta de inspección del primer local de Telefónica investigado consta la aceptación por el Vicesecretario General de Telefónica de la práctica de la investigación y se señala que los funcionarios invitan, en primer lugar, a que la empresa cuente con la asistencia de Letrados (folio 80) y que se incorporan el Director General de Servicios Jurídicos y el Gerente de Competencia de la Asesoría Jurídica de Telecomunicaciones (folio 81). El Acta es firmada en representación de Telefónica por el mencionado Director General de Servicios Jurídicos y por el Director de la Asesoría Jurídica.

En el acta de inspección del segundo local de Telefónica investigado consta la aceptación por el Subdirector General de Gran Público (presente en la inspección anterior) de la práctica de la investigación y se señala igualmente que los funcionarios invitan a que la empresa cuente con la asistencia de Letrados (folio 80).

En estas circunstancias, que se dan también en la inspección de la empresa de publicidad, por las que las empresas aceptan la orden de investigación, son invitadas para que dispongan de asesoramiento jurídico y firman del acta sin expresar el menor reparo a la solicitud de manifestaciones verbales, el Tribunal no puede sino desestimar la alegación de Telefónica y denegar la solicitud de que se retiren del expediente los documentos que contienen dichas manifestaciones.

3. También en relación con la investigación domiciliaria, alega Telefónica que, en contra de lo que señala el Servicio en su informe al Tribunal, no existió obstrucción alguna por parte de Telefónica, sino una absoluta colaboración con el Servicio.

El Tribunal considera que, aunque Telefónica dio el consentimiento inicial para que el Servicio practicara la investigación, existen suficientes indicios en las actas de inspección, firmadas también por los representantes de Telefónica, como para poder afirmar que la colaboración de Telefónica distó mucho de ser absoluta. En los folios 80, 83, 86, 87 se refleja tanto la demora de más de tres horas para permitir el acceso de los funcionarios a los documentos como las negativas de los empleados de Telefónica para aportar los documentos que los inspectores solicitaban.

Consta también en las actas la denegación a los inspectores de la documentación relativa a los *Planes Personales* por sostener que no tenían relación con *Los Planes Claros*, cuando después, a lo largo del expediente, Telefónica ha tenido mucho interés en sostener que éstos no son sino una derivación de aquéllos.

No obstante, como Telefónica terminó por remitir al Servicio los documentos requeridos sin esperar a la multa continuada que éste hubiera podido imponer de acuerdo con el artículo 33.4 LDC, el Tribunal no toma en cuenta la propuesta del Servicio de considerar como agravante la falta de colaboración a la hora de imponer la sanción que correspondía.

4. Alega Telefónica que, aunque se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la oportunidad y legalidad de interpretar las normas de Defensa de la Competencia en el sentido de que el Tribunal de Defensa de la Competencia debe tener el monopolio administrativo para la aplicación del artículo 6 de la Ley 16/1989, no puede pasarse por alto el precedente de la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 30 de abril de 1998 que rechaza la adopción de medidas cautelares solicitada por ciertos operadores de telecomunicaciones en relación con esta acción publicitaria y declara que dicha campaña publicitaria no

constituye una violación de la libre competencia en términos de abuso de posición de dominio.

Telefónica ha sostenido, en efecto, ante la CMT que la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la Competencia y que la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, sanciona esta exclusividad limitando el papel de la CMT a la emisión de instrucciones generales, porque en lo demás deberá remitir los asuntos de que conozca y que identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia, (CMT Servicios Infovía 2 de diciembre de 1999).

Desde esta convicción de Telefónica, la presente alegación ante el Tribunal carece de coherencia.

En todo caso, el Tribunal no puede admitir esta alegación, primero, porque, efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio y, en segundo lugar, porque considera que la CMT, al no disponer del material probatorio que obra en este expediente, no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica.

Aún así, en la misma resolución de 30 de abril de 1998 mencionada por el alegante, la CMT señala que *«en cuanto al posible efecto inhibitorio, aducido en el escrito de solicitud, que condicionase el comportamiento del usuario de cara a la contratación de otros competidores, se considera que podría producirse con un grado de probabilidad tal que no estaríamos ante una mera especulación, sino ante una efecto potencial relevante en términos de aplicación de los artículo 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989. Las características de la campaña, de fuerte impacto, y de las ventajas ofrecidas, la intercambiabilidad del servicio objeto de prestación, así como la facilidad añadida de no tener que contratar con otro operador cuando aquél del que se ha dependido siempre ofrece condiciones suficientemente atractivas, son todos ellos factores que hacen de la publicidad de referencia un medio objetivamente idóneo para producir la citada inhibición»* y en su informe preceptivo de 19 de febrero de 1998 sobre los mismos Planes Claros, la CMT sostenía que *«la publicidad de los programas anticipada a la obtención de la necesaria autorización administrativa, genera confusión en perjuicio de los usuarios a quienes puede inducirse a entender como existentes, de presente, ofertas que pueden no llegar a concretarse, si no resultarían efectivamente aprobadas pero que, en todo caso, han podido a su vez, desencadenar un efecto de inhibición en la contratación con otros operadores»*, considerando asimismo que dicho impacto inhibitorio *«ha podido perturbar la normal evolución del mercado con el riesgo añadido de no llegar a constituir oferta efectivamente seleccionable para dichos clientes»*.

5. Alega también Telefónica que la oferta es proporcional en cuanto a la cuantía de las inversiones realizadas, pues Retevisión está controlada por dos de las primeras empresas españolas del mercado de la electricidad y por la cuarta empresa europea y uno de los primeros operadores mundiales en el sector de las telecomunicaciones, como es Telecom Italia, con cifras de negocios y poder financiero de los grupos económicos que superan ampliamente la capacidad financiera de Telefónica.

El Tribunal considera irrelevante, a efectos de proporcionalidad de la respuesta de Telefónica, la comparación entre las capacidades financieras de Telefónica y de Retevisión, su primer y único competidor en el momento de los hechos. Ya se cita en el HP3 que en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/1997 se preveía que la liberalización del sector exigía la creación de operadores con suficiente masa crítica.

Lo relevante en este caso es la desproporción abismal entre el poder de mercado de ambos competidores y también la desproporción de la respuesta de Telefónica a las acciones de su competidor, cuestión a la que se refieren algunos de los siguientes párrafos de esta Resolución.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

6. Telefónica alega que no se ha acreditado que la campaña persiguiese otros objetivos que los legítimos ya que *el Servicio pretende la existencia de una intencionalidad anticompetitiva, tratando de reinterpretar el lenguaje publicitario para fundamentar esta conclusión*. Según esta alegación, *el Servicio no puede tratar de interpretar la conducta de una empresa en función ni de la correspondencia interna en el seno de un tercero, como es una agencia de publicidad, ni de los materiales publicitarios preparatorios que se intercambian al objeto, precisamente, de lograr que una campaña publicitaria sea lo más rica e imaginativa*.

El Tribunal considera, por el contrario, que el material probatorio recogido por el Servicio en este expediente se compone de documentos relevantes e idóneos a la hora de calificar la conducta de Telefónica, que consistió, precisamente, en el lanzamiento de una campaña publicitaria cuyos documentos preparatorios tienen un evidente interés. Por otra parte, el Servicio, más que interpretar, utiliza este material con citas literales que, en muchos casos, por su contundencia se explican por sí mismas.

Estos documentos son coherentes, junto con otros indicios que luego se describen y que revelan la forma en que es secundario en este caso el objetivo de informar al consumidor, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado de Retevisión que el Servicio atribuye a Telefónica en el primero de sus cargos.

Si la campaña hubiera estado destinada exclusivamente a dar a conocer su oferta, Telefónica no hubiera dado instrucciones a la agencia de publicidad como:

«La petición que realizamos a las Agencias consiste en la propuesta de un PLAN DE LANZAMIENTO que construya una imagen eficaz, clara y altamente notoria de esta oferta, sitúe a TELEFÓNICA como la mejor opción valor-precio en telefonía, impida (minimice) el uso del 050 y de los servicios de RETEVISIÓN y genere demanda de estos productos y servicios».

«Se trata de evidenciar que la oferta de RETEVISIÓN no es tan buena, que su oferta no es siempre la más barata, y que sólo TELEFÓNICA puede ofrecerte la sencillez...» (HP14).

La omisión de este tipo de instrucciones no hubiera restado creatividad a las agencias de publicidad en su afán por hacer atractivos los descuentos de Telefónica y hubiera evitado que Telefónica tuviera que transmitir después a la agencia ganadora del concurso que *«En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de RETEVISIÓN» (HP 14).*

7. Telefónica alega también que no se ha demostrado que los Planes Claros se concibieran precipitadamente como una reacción a la buena acogida que estaba experimentando la oferta de Retevisión.

El Tribunal considera que la precipitación en la elaboración de la campaña está suficientemente probada, tanto por el propio ritmo impuesto a las agencias publicitarias como por la manifestación del Director de Marketing de Telefónica que se cita en el HP15. El *Timing* revela que el *Briefing* fue distribuido a las agencias de publicidad el 21 de enero. Cinco días más tarde, las agencias debían realizar sus presentaciones, sobre las que TELEFÓNICA elegiría la adjudicataria un día más tarde. El rodaje de las películas de televisión para los anuncios se efectuó en un día, y la entrega de los materiales estaba fijada para un día antes de la presentación de la campaña a la prensa por parte del consejero delegado coincidiendo con su lanzamiento en los medios de comunicación, el día 5 de febrero.

Constituyen indicios adicionales de la precipitación en el lanzamiento de la campaña, la gran diferencia en el intervalo entre la convocatoria del concurso de agencias y la emisión de la campaña en el caso de los *Planes Claros* (1998) comparado con el de los *Planes Personales* (1997) donde el concurso se convocó en agosto para emitir en octubre, y el hecho de que, en fecha tan inmediata a

los hechos como noviembre de 1997, Telefónica no tuviera previsto lanzar los descuentos ofrecidos en *Los Planes Claros*, salvo al *Friend & Family Internacional* que no precisaba autorización, según el índice de productos para 1998 incluido en el documento denominado «Productos 1998», (folios 660 y 661 expediente SDC).

8. Alega Telefónica que la oferta publicitaria de Telefónica es proporcional en cuanto a la intensidad publicitaria y ésta se explica por la propia estructura del objetivo comercial y coincide con campañas de publicidad de otras empresas, de volumen y asentamiento similares. En todo caso, la intensidad medida en términos de impactos (GRP) y de inversión coincide esencialmente con la intensidad de las campañas de Retevisión.

El Tribunal considera que la desproporción de la intensidad de los medios que Telefónica puso en juego en esta campaña puede apreciarse tanto en relación con anteriores campañas de Telefónica, como en la relación con la campaña de su competidor y en relación con la campaña que la propia Telefónica lanzó para publicar la oferta de *Los Planes Claros* una vez que, tras las modificaciones señaladas en el HP17, contaban ya con la preceptiva autorización.

Con respecto a la intensidad de campañas previas de Telefónica, de los datos que se señalan en el HP 13, se deduce que, si se exceptúa la campaña de 1997 de Oferta Pública de Venta, que era una campaña financiera de colocación de acciones más que una campaña comercial, el coste medio de las 35 campañas realizadas en 1997 fue de 250 millones de pesetas. Para la campaña *Los Planes Claros* Telefónica incurrió en un coste de 1.223 millones, cinco veces más alto que el de la media de las 35 campañas anteriores.

Este elevado coste se distribuye de forma desigual. Telefónica irrumpe con una acumulación de 2.305 impactos en TV (GRP) (folio 1328) en los cuatro primeros días de campaña, mientras que Retevisión, en el mismo período, programó 344 impactos. La campaña de Telefónica ahogaba así la campaña de su competidor con más de seis impactos publicitarios por cada uno de Retevisión.

También es desproporcionada la asignación de los recursos que Telefónica dedica a la publicidad de los Planes Claros antes y después de su autorización. Dedicó 1223 millones (HP13) a divulgar unos planes sobre los que no tenía seguridad de que fueran a ser aprobados mientras que sólo dedica 271 a difundir los planes ya aprobados, que constituían la información verdaderamente relevante para el público.

Con respecto a la comparación con la publicidad de las empresas con volumen y asentamiento similares al de Telefónica, en el informe presentado por Telefónica realizado por el Señor Benavides de la Facultad de Ciencias de la Información se puede apreciar (folio 1329) que el número de impactos publicitarios en los primeros cuatro días de los Planes Claros equivale a más de la cuarta parte de la media de impactos semestrales de los mayores anunciantes del país.

9. Alega Telefónica que no se ha acreditado que los Planes Claros constituyesen una oferta vacía, tendente a inhibir las llamadas de los usuarios a su competidor, pues fueron aprobados en su integridad (folio 430 expediente TDC) o prácticamente en su integridad (folio 431 expediente TDC).

En realidad, los Planes Claros no fueron aprobados en su integridad por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ya que el *Plan 3 en casa*, que era claramente discriminatorio contra las familias de menos de tres miembros, fue sustituido por el *Plan en Casa* con los mismos beneficios para todos los usuarios, el *Plan & Rock* fue suprimido, seguramente por conceder menos descuentos que el anterior, y el *Plan Comunidad* fue extendido a las provincias limítrofes para no discriminar a las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

En opinión del Tribunal, lo decisivo es que Telefónica lanzó su campaña pese a que sabía que existía la posibilidad de que los



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

Planes Claros pudieran no ser aprobados, como muestran las siguientes expresiones:

«**Alternativa si nos aprueban los planes:** necesitamos una película nueva comunicando que los planes están aprobados y reactivando las llamadas al 004» (folio 364 expediente SDC) [Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad. Asunto: Los Planes Claros]

La razón de tener estas películas es **contar con suficiente material para mantener la campaña en caso de que el Ministerio de Fomento decidiese cortarla**. En este sentido se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: «Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento», que exculparía a Telefónica ante la opinión popular» (folio 376), acta de la reunión con Bassat, 29 de enero de 1998.

«La agencia habla con... que hace los siguientes comentarios tras la reunión con el departamento legal: [...] 2. **aún no es producto vendible, en el sentido de que todavía no está autorizado...**» (folio 379 expediente SDC) [Informe de la agencia de publicidad sobre unas conversaciones telefónicas mantenidas con TELEFÓNICA el día 29 de enero de 1998].

«Además de la comunicación sobre las llamadas recibidas en el 004, **tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la CMT, tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas**» (folio 375 expediente SDC).

10. Frente a la imputación del Servicio según la cual la campaña Los Planes Claros se lanzó con la finalidad de reforzar la posición de dominio de Telefónica en el mercado de servicios a larga distancia mediante la adquisición de una reputación de operador inexpugnable, Telefónica alega que tal finalidad no ha quedado acreditada en el expediente.

El Tribunal acepta la alegación de Telefónica por considerar que, pese a la plausibilidad de la hipótesis del Servicio, no existen en el expediente indicios que la apoyen o que prueben que Telefónica se propusiera con Los Planes Claros objetivos estratégicos distintos o más trascendentes que el de entorpecer la entrada en el mercado de Retevisión.

11. Alega también Telefónica que no existe ninguna prueba en el expediente que permita acreditar que haya utilizado dato alguno sobre consumo histórico para la preparación de la oferta contenida en los Planes Claros.

El Tribunal estima que también asiste la razón al alegante en este punto, al considerar que no existen suficientes pruebas al respecto en el expediente y que, tal como señala el Servicio, «la segmentación sobre la que se basa la oferta incluida en los Planes Claros no tiene una excesiva complejidad y que TELEFÓNICA por su propia experiencia acumulada puede conocer cuáles son los colectivos con una demanda más sensible al precio y que, por tanto, pueden emigrar a la competencia ante la oferta de precios más ventajosos... la mera elaboración conceptual de la oferta de los Planes Claros pudo haberse efectuado en TELEFÓNICA gracias a su propio conocimiento del mercado» (folio 1434).

12. Telefónica alega que la campaña no fue desleal porque en todos los elementos de la campaña de publicidad cuestionada en este expediente se incluyó una leyenda lo suficientemente apreciable y clara advirtiendo a los consumidores, sin margen alguno a error. Una comparación del mensaje publicitario de TELEFÓNICA con los anuncios examinados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 1995 permiten concluir que las pretensiones del Servicio resultan plenamente infundadas. Las pretensiones del Servicio sobre un supuesto efecto inhibitorio carecen de toda relación con la tipificación de la deslealtad a que se refiere el artículo 7 de la Ley 3/1991 y no permiten por sí solas concluir que se cumple el primero de los requisitos del artículo 7 de la Ley 16/1989.

El Tribunal no puede admitir esta alegación pues considera que tanto la versión impresa como la audiovisual de los anuncios de la campaña de Los Planes Claros podían inducir a error a los consumidores debido a la presentación, al pequeño tamaño y al contenido de la advertencia de la necesidad de autorización.

Por lo que respecta al tamaño, en la versión presentada por Telefónica (folio 209 TDC) del anuncio impreso, la advertencia se presenta con un tipo de letra de 2 milímetros de alto frente a los 35 milímetros del tipo con que se anuncian los descuentos (35 por 100-60 por 100). En cuanto a su presentación, la advertencia se encuentra inmersa en un conjunto de datos referentes a los horarios y días de la semana en que son aplicables los descuentos y a varias direcciones de Internet de la empresa. La advertencia se inserta, sin solución de continuidad y sin diferenciación, a continuación de otra frase sin relación con ella: «En todos los planes se aplicarán los descuentos para todos los números que tu indiques. Sujeto a aprobación administrativa».

La redacción de la advertencia carece de precisión. No se dice qué es lo que está sujeto a aprobación administrativa. Dada la falta de concordancia entre el sujeto plural de la primera frase y el singular de la advertencia, no es posible deducir si lo que necesita aprobación administrativa son los planes, los descuentos o «los números que tu indiques». La escueta leyenda (Sujeto a aprobación administrativa) no da idea tampoco del elevado rango administrativo que exige la autorización. Con esta redacción cualquier interpretación sería posible, incluida, por ejemplo, la de que son «los números que tu indiques» los que necesitan aprobación de la administración de Telefónica, S.A.

Como en el acta de la reunión del 29 de enero de Telefónica con Bassat «se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: «Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento», que exculparía a Telefónica ante la opinión popular» (folio 376), no cabe duda de que la inclusión de una leyenda más oscura fue deliberada.

Por lo que respecta a la presentación audiovisual (folio 208 TDC), la advertencia a pie de pantalla es también de muy pequeño tamaño, no está presente durante todo el anuncio y podía pasar fácilmente inadvertida, ante la amenidad y dinamismo del mensaje publicitario.

Telefónica compara la campaña de «Los Planes Claros» con la campaña de publicidad de un determinado automóvil y cita el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 1995 de la que cita la siguiente frase de su FD4:

«... es indudable que cualquiera que quisiese comprar un coche, en razón al anuncio, sabe que tiene que discutir y llegar a un acuerdo respecto de la forma de su pago».

El Tribunal estima que ambas campañas de publicidad no son comparables, ya que el comprador de un automóvil está mucho más motivado que el usuario doméstico de teléfono para leer la letra pequeña de los anuncios respectivos. El primero va a incurrir en un desembolso elevado de un bien duradero, mientras que el segundo sólo se interesa por un descuento en su factura telefónica.

El error a que la campaña Los Planes Claros podía inducir era, pues, el de que los destinatarios de la publicidad considerasen que los descuentos ofrecidos por Telefónica eran tan seguros como los que ofrecía Retevisión.

Incluso el usuario más perspicaz, es decir, el que fue capaz de leer la advertencia y deducir de su texto que la autorización necesaria era una autorización del Gobierno, estuvo, en todo caso, expuesto a la frustración que la misma Telefónica preveía, si decidió llamar a Telefónica, renunciar al descuento ofrecido por Retevisión y esperar a la referida autorización, pues si ésta no se concedía, hubiera perdido tiempo y dinero.

De esta posibilidad de producir frustración a los usuarios era consciente Telefónica, como se deduce de las siguientes frases señaladas en el HP 16:



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

«... tenemos que estar preparados para la posible parada de *Los Planes Claros* por la CMT, **tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas**». (Folio 375 expediente SDC) Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a Bassat 11 de febrero de 1998.

«**Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía**». (Folio 388 expediente SDC). Documento de 12 de febrero de 1998, sobre la campaña «Campaña Multiproducto».

Es obvio que Telefónica no lanzó la campaña *Los Planes Claros* para explotar a los usuarios ni con la intención de producirles frustración, sino que lo hizo, a pesar de ser consciente de que podía producir esta frustración, con tal de entorpecer la campaña de su competidor. El Tribunal considera esta conducta desleal, como objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 1 LCD).

13. Telefónica ha alegado, por último, en la Vista ante el Tribunal que no existen precedentes en el Derecho español o comunitario de la competencia, de forma que ni el Tribunal, ni la Audiencia Nacional, ni la Comisión Europea o los Tribunales de Justicia Europeos han considerado hasta la fecha que una campaña publicitaria pueda ser calificada de abuso de posición de dominio.

En realidad, el abuso de posición dominante, sobre todo en su aspecto anticompetitivo, puede revestir una gran cantidad de formas y, con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de precedentes formales y no se repiten con las mismas características. Lo que subyace en común a todos los casos de abuso, con independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que *la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia*, tal como señala la sentencia *Hoffmann-La Roche*, de 13 de febrero de 1979 del Tribunal de Justicia Europeo.

14. Tras el examen del informe del Servicio y de las alegaciones de Telefónica, una vez descartadas por insuficiencia de prueba las imputaciones referentes a la utilización de datos históricos y la hipótesis del reforzamiento de la posición de dominio mediante la adquisición de un prestigio de operador inexpugnable, el Tribunal considera la campaña *Los Planes Claros* como una sola conducta constitutiva de abuso de posición de dominio por su intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica mediante una campaña de contenido desleal.

Los elementos desleales de la conducta al integrarse en la definición de esta conducta abusiva concreta no pueden sostenerse además de manera autónoma, por lo que no se imputará la infracción del artículo 7 LDC.

15. El abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores.

Es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario (caso 322/81 *Michelin*) y español (Resolución de 26 de febrero de 1999, expediente 413/97 *Airtel / Telefónica*) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia.

Por otra parte, la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.

Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han

venido utilizado el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una *justificación objetiva* (*Centre Belge d'Etudes de Marché Telemarketing*, 1986, *Hilti*, 1988, *Tetra Pak*, 1988, *BPB*, 1989) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva

16. No cabe duda alguna sobre la posición dominante de Telefónica en el mercado español de telefonía básica interprovincial a larga distancia, que es el relevante a efectos de este expediente, ya que desde los inicios de la telefonía en España hasta enero de 1998 era el único operador activo en este mercado.

17. Por su intención anticompetitiva y por su contenido desleal, la campaña constituyó un abuso de posición dominante.

El primer factor a considerar es la coyuntura histórica en que se produce la campaña: se trata de la primera vez que irrumpe en el mercado de la telefonía básica un competidor de Telefónica, hasta entonces y desde siempre, monopolista legal.

En segundo lugar, debe considerarse la desproporción de los medios que Telefónica puso en juego en esta campaña, desproporción que, como se ha expuesto con detalle en el FD 8, puede apreciarse en relación con anteriores campañas de Telefónica, con la campaña de su competidor y con la campaña que la propia Telefónica lanzó para publicar la oferta de *Los Planes Claros* una vez que, tras las modificaciones señaladas en el HP 17, contaban ya con la preceptiva autorización.

Las frases del *Briefing* antes señaladas no dejan duda sobre la plena conciencia de Telefónica sobre la frustración que podrían sentir los usuarios en el caso de que no se autorizasen *los Planes Claros*. Si tal caso ocurría, no sólo se arriesgaba la pérdida total de la inversión publicitaria sino también la posibilidad de pérdida de clientes.

Por último, es necesario referirse al contenido de la campaña en relación con los destinatarios de la misma a los que la misma Telefónica va tratar como adultos por primera vez al permitirles decidir entre su oferta y la de su competidor, según se destaca en las alegaciones de esta empresa (folio 420 expediente TDC).

En realidad, frente a la de su competidor, Telefónica realiza una oferta de algo que no existe aún y que puede no llegar a existir. La advertencia al público de la necesidad de aprobación de los *Planes Claros* se realiza en términos muy escuetos (*sujeto a aprobación administrativa*), de forma indiferenciada con respecto a otras frases del anuncio y en caracteres muy poco perceptibles. Ante una abrumadora publicidad, seis veces más intensa que la de Retevisión en la primera semana, con unos descuentos espectacularmente altos (hasta el 60 por 100 en el *Plan 5 estrellas*) publicitados con gran formato mientras que en letra muy pequeña se señala que sólo se aplican en determinados horarios y que precisan aprobación administrativa, el riesgo de inducir confusión al usuario es muy grande.

El hecho de que Telefónica asumiera esos riesgos sólo puede explicarse porque el objetivo prioritario era la anulación de la campaña de su incipiente único competidor. De la misma forma que los monopolios pueden desentenderse de la necesidad de innovar, de modernizar, de procurar la mayor satisfacción a los consumidores, siempre que las barreras de entrada sean altas y seguras, sólo los monopolios, junto con empresas ocasionales a las que no importa desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración al mercado.

Telefónica podía legítimamente reaccionar ante la oferta de su competidor con una oferta alternativa, pero no existe justificación objetiva para que se anticipase con una oferta que carecía de la preceptiva autorización. Siendo consciente de la frustración que podía producir a los usuarios, sólo podía hacerlo prevaliéndose de su posición de dominio, contando con la inercia de unos usuarios resignados desde siempre a un único proveedor de servicio telefónico.



SECCION JURIDICO- ECONOMICA

nico y confiando en que la intensidad de su campaña publicitaria minimizaría la del recién llegado primer competidor.

En resumen, Telefónica concibió y puso en práctica la campaña publicitaria los *Planes Claros* con el fin primordial de anular la de su competidor, dedicando recursos de desproporcionada intensidad en las dos primeras semanas, anunciando unos programas de descuento que no estaban autorizados, con plena conciencia de la posibilidad de que no se autorizasen, sin consideración por la posible decepción de los usuarios y sin hacer un esfuerzo especial de divulgar el contenido de los que al final se autorizaron.

El Tribunal considera que no existía necesidad objetiva alguna de asumir estos riesgos ni de infligir este trato a los usuarios y que, por ello, se trata, sin duda alguna, de una conducta abusiva en la que Telefónica no estuvo a la altura de la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante, al reaccionar, sin justificación objetiva alguna, de manera desleal y desproporcionada a la amenaza que percibía en la irrupción de su primer competidor, excediendo el derecho que le asiste a adaptarse a las nuevas condiciones de competencia.

18. El artículo 10.1 de la LDC establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal en 150 millones de pesetas o hasta el 10 por 100 del volumen de ventas del ejercicio económico anterior a esta Resolución.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la LDC señala que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo que se tendrá en cuenta la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa, los efectos producidos, la duración de la infracción y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Por lo que se refiere a la modalidad de la infracción, el abuso de posición dominante, tanto si se dirige a la explotación de los consumidores como a restringir la acción de los competidores, constituye junto al *cartel* de precios, una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de competencia en el mercado y es, por ello, objeto de severa represión en todos los ordenamientos.

Telefónica ingresó en 1997, 1.007.844 millones de pesetas por sus servicios en telefonía básica. No obstante, el Tribunal considera que el mercado afectado es, únicamente, el de la telefonía básica interprovincial. En este mercado, la cuota de Telefónica al comenzar la campaña de Retevisión era del 100 por 100.

Los efectos de la campaña sobre los competidores y sobre los usuarios no han podido ser cuantificados, pese a la *enorme notoriedad de la campaña que generó cientos de miles de llamadas* sólo en la primera semana de campaña (HP 18), desconociéndose qué proporción de estas llamadas se realizó con inhibición de llamadas al Teléfono 015 de Retevisión, por lo que estos posibles efectos no se consideran para fijar la sanción.

El Tribunal ha declarado con anterioridad conductas abusivas de Telefónica en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (expediente 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público; en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (expediente 350/94, Teléfonos en Aeropuertos), confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España, S.A., y se impone a Telefónica una multa

de 124 millones de pesetas; en la Resolución de 21 de enero de 1999 (expediente 412/97, BT/TELEFONICA), en la que se declara abusivo aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, situando a BT en situación desventajosa frente a la propia Telefónica, y se impone a Telefónica una multa de 580 millones de pesetas; en la Resolución de 26 de febrero de 1999 (expediente 413/97 Airtel-Telefónica), en la que se declara la conducta abusiva de dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel, S.A. y se impone una multa de 610 millones de pesetas a Telefónica Servicios Móviles (filial de Telefónica al 100 por 100) y de 150 millones de pesetas a Telefónica de España, y, por último, en la Resolución de 27 de julio de 1999 (Expediente 394/97 Telefónica-Ibertex), en la que se declara abusiva la modificación del contrato con Ibertex y se impone a Telefónica una multa de 20 millones de pesetas.

Atendiendo a estas circunstancias, el Tribunal ha acordado imponer a Telefónica, S.A. la sanción de mil cuatrocientos millones de pesetas. Esta sanción se sitúa muy por debajo de la máxima que permite la Ley.

19. El Tribunal estima que es preciso dar a la presente Resolución una amplia difusión. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, considera que debe ordenar a Telefónica la publicación de su parte dispositiva en el *BOE* y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de máxima circulación nacional.

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

HA RESUELTO

Primero. Declarar acreditada la realización por parte de Telefónica, S.A. de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria los *Planes Claros* con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión, S.A., su primer competidor en telefonía básica.

Segundo. Imponer a Telefónica, S.A. como autora de esta conducta prohibida la multa de mil cuatrocientos millones de pesetas.

Tercero. Intimar a Telefónica, S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

Cuarto. Ordenar a Telefónica, S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el *Boletín Oficial del Estado* y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

Quinto. Telefónica, S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo y cuarto.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella 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. ■



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

(Expte. 455/99, Abogacía Española)

■ En Madrid, a 9 de marzo de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Don José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 455/99 (1756/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), para resolver el incidente de suspensión de la ejecución de la Resolución definitiva que recayó en el expediente citado, iniciado por denuncia presentada por Don Javier Benito Jiménez, abogado, contra el Consejo General de la Abogacía Española (en adelante, el Consejo de la Abogacía, el Consejo) por supuesta conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistente en adoptar un acuerdo por el que dicta normas sobre la publicidad de los abogados.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 18 de enero de 2000 el Tribunal dictó una Resolución que ponía fin al expediente de referencia y en la que se resolvía:

«**Primero.** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica prohibida por el apartado 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputable al Consejo General de la Abogacía Española, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, de un denominado Reglamento de Publicidad que contiene prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma.

Segundo. Intimar al citado Consejo, como autor de la práctica declarada prohibida, para que cese en la realización de la misma y que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a la anterior.

Tercero. Imponer al Consejo General de la Abogacía Española una multa de treinta millones de pesetas.

Cuarto. Ordenar al citado Consejo dar traslado del texto íntegro de esta Resolución a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Quinto. Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general de ámbito nacional, a costa del Consejo General de la Abogacía Española.

Sexto. La justificación de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia».

2. El 18 de febrero de 2000 tiene entrada en el Tribunal un escrito del Consejo General de la Abogacía Española en el que solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución citada, en tanto la Audiencia Nacional, ante la que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha Resolución, no resuelva sobre la solicitud de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la misma.

3. El Pleno del Tribunal deliberó y falló la petición indicada en su reunión del día 22 de febrero de 2000.

4. Son interesados:

— Consejo General de la Abogacía Española.
— Don Javier Benito Jiménez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, acordar la suspensión de la ejecución de las Resoluciones en vía administrativa corresponde al órgano a quien compete resolver el recurso que quepa contra ellas (artículo 111.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), pero resulta que contra las Resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo (artículo 49 LDC) siendo la Audiencia Nacional, a la que corresponde el conocimiento de dichos recursos (Disposición adicional cuarta, tres, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Por tanto, el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede examinar la pretensión del solicitante, que debe ser resuelta por la Audiencia Nacional.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Unico. Declararse incompetente para examinar la pretensión, deducida por el Consejo General de la Abogacía Española, de que se suspenda la ejecución de la Resolución de este Tribunal de 18 de enero de 2000.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella sólo cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

(Expte. 461/99, Autoescuelas Alcalá)

■ En Madrid, a 9 de marzo del año 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 461/99 (1233/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), iniciado por denuncia presentada por Don Fernando Ruiz López, titular de la Autoescuela 2.000, S.A., Don Francisco Moreno Rollón, titular de la Autoescuela Moreno y Don César Martín de Argenta García, titular de la Autoescuela Orense contra la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (en adelante, PAZAH) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en haber recomendado la aplicación de unos precios máximos y mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas para la obtención del carnet de conducir, así como la obligación de adquirir todo el material didáctico a través de PAZAH.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inició como consecuencia de la denuncia presentada, con fecha 21 de abril de 1995, por Don Fernando Ruiz López, titular de la Autoescuela 2.000, S.A., Don Francisco Moreno Rollón, titular de la Autoescuela Moreno y Don César Martín de Argenta García, titular de la Autoescuela Orense contra PAZAH por supuestas conductas prohibidas por la LDC consis-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

tentes en imponer a las Autoescuelas que examinan en Alcalá de Henares precios y compra de material con sanciones a quien no siga sus directrices. Se aportaron varios documentos inicialmente y otros posteriormente que les fueron reclamados por el Servicio.

2. Por Providencia de uno de febrero de 1996 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC.

Con fecha 8 de febrero de 1996 se notificó dicha Providencia a las partes interesadas dando traslado de la denuncia.

3. En escrito presentado por PAZAH ante el Servicio, de fecha 8 de marzo de 1996, se contesta alegando que los firmantes de la denuncia fueron expulsados de la Asociación por la falta de pago de las cuotas y no porque no respetaran los precios impuestos por la Asociación, así como que el Reglamento de Régimen Interno especifica como faltas muy graves las siguientes: 1. Acuerdos individuales o colectivos encaminados a falsear la competencia en el sector; 2. Imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, que no sean equitativas o no se ajusten a los costes reales; 3. Cualquier conducta que manifiestamente vaya en contra de los principios y objetivos de la Asociación. También alegan que: «PAZAH en ningún momento obliga a sus asociados, y mucho menos a los no asociados, a mantener un esquema fijo de precios. La Asociación sólo recomienda una franja de precios mínimos que evite situaciones de posición dominante y falseamiento del sector.» Acusan, por último, de competencia desleal a las denunciantes y abuso de posición dominante con respecto a los demás asociados al imponer ofertas a los clientes que suponían precios por debajo de coste.

4. A la vista del resultado de la instrucción que se consideró oportuna, se formuló el Pliego de Concreción de Hechos con fecha de 8 de junio de 1998, que se transcribe a continuación:

«I. HECHOS ACREDITADOS

1. La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Alcalá de Henares en sesión celebrada el 7 de marzo de 1995 acordó, en el ámbito de sus competencias, aceptar la colaboración de la Asociación Profesional de Autoescuelas (PAZAH) en el control total de los exámenes teórico y práctico para la obtención de permisos de conducción en esta ciudad (folio 33).

2. En virtud de dicho acuerdo PAZAH debería abonar todos los gastos que genere el examen, proponiendo una cuota de cargos a las autoescuelas que examinen en cada momento, ya sean asociadas o no. Asimismo debería informar al Ayuntamiento del nombre de la/s Autoescuela/s que no deban ser citadas a examen, por el período que se indique, por alterar el normal desarrollo de los exámenes o no cumplir con la normativa de aplicación.

3. Las autoescuelas asociadas abonaron a PAZAH una cuota mensual de 10.000,— pesetas por autoescuela principal y 4.500,— pesetas por las demás escuelas de las que sean titulares, parte de esa cantidad se destina a sufragar los gastos en concepto de mantenimiento de pistas. Las autoescuelas no asociadas abonaron una cuota mensual de 1.900,— pesetas por cada una de las autoescuelas de las que sea titular en concepto de mantenimiento de pistas de examen (folio 201).

4. Las autoescuelas denunciantes, pertenecientes a la asociación, dejaron de hacer efectivas sus cuotas a la misma, por lo que el Ayuntamiento les negó la posibilidad de examen por un período de tres meses, previa comunicación por parte de PAZAH del incumplimiento de pago (folios 34, 37 y 38). Con posterioridad a la suspensión, han pagado las cuotas de mantenimiento restable-

ciéndose su derecho a utilizar las pistas de examen (folio 222 y siguientes).

5. PAZAH establece en el punto 8 del Acuerdo de 10 de marzo de 1995 (folios 4 y 75) la obligatoriedad de compra de todo el material didáctico a través de la asociación, como consta en las actas de esa misma reunión. Sin embargo ha quedado acreditado que la adquisición de dicho material no es obligatoria y que son sólo 18 autoescuelas, de las 68 asociadas, las que lo adquieren a través de la asociación (folios 150 vta).

6. En escrito de 25 de mayo de 1994, PAZAH recomienda a sus asociados una franja de precios mínimos y máximos (folios 103) al objeto de evitar situaciones de posición dominante y falseamiento de la competencia en el sector, haciendo constar el carácter informativo de dicha circular.

II. VALORACION JURIDICA

Las actuaciones de PAZAH encaminadas a evitar una posición de dominio y un falseamiento de la competencia en el sector, reflejadas en el escrito de 25 de mayo de 1994 (folios 103) y diversos carteles informativos (folios 4) en los que se recomienda una franja de precios máximos y mínimos a aplicar por las autoescuelas de Alcalá de Henares, constituyen una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se considera responsable de esta conducta a la AGRUPACION DE AUTOESCUELAS con examen en ALCALA DE HENARES (PAZAH).

III. SOBRESEIMIENTO PARCIAL

De la instrucción realizada hasta el momento se desprende que el motivo por el que las autoescuelas denunciantes fueron expulsadas de PAZAH fue la falta de pago de las cuotas que la asociación tiene fijadas a sus asociados para el mantenimiento de las pistas de examen y no por no respetar los precios impuestos por la Asociación, toda vez que los precios practicados por dichas autoescuelas no difieren a grandes rasgos de los practicados por el resto de autoescuelas (folios 185, 186, 187, 191 y 192).

También se desprende que la Asociación no obliga a las autoescuelas a adquirir el material didáctico a través de la misma (folios 150 vta.).

Teniendo en cuenta lo anterior, se acuerda el SOBRESEIMIENTO PARCIAL de la denuncia en lo que se refiere al motivo de la expulsión de PAZAH de las autoescuelas denunciantes y a la obligatoriedad de adquisición de todo el material didáctico a través de la Asociación, continuando la instrucción en lo que se refiere a la recomendación de precios por parte de PAZAH.»

Las Autoescuelas Moreno y 2.000 se opusieron al sobreseimiento parcial y el Servicio, considerando que en sus alegaciones no se aportaba prueba alguna en contrario, acordó dicho sobreseimiento parcial con fecha 14 de julio de 1998, notificándose a las partes.

5. El 4 de agosto de 1998 tuvo entrada en el Tribunal un escrito de las Autoescuelas Moreno y 2.000, S.A. recurriendo el Acuerdo citado en el punto anterior y, conforme a lo ordenado en el artículo 48.1 de la LDC, el Servicio informó al Tribunal en el sentido de la pertinencia de mantener el Acuerdo de sobreseimiento parcial. En el trámite correspondiente se presentaron alegaciones, y el Tribunal, con fecha 18 de enero de 1999, dictó Resolución estimando el recurso y revocando el Acuerdo por el que se sobreseyó parcialmente el expediente.

6. Por Providencia de fecha 26 de enero de 1999, que se comunicó a las partes, el Servicio, teniendo en cuenta la Resolu-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

ción del Tribunal en la que se decía que «..., asimismo debe mantenerse el cargo relativo a la obligatoriedad de compra del material a través de la Asociación...», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LDC, formuló el siguiente Pliego de Concreción de Hechos:

«I. HECHOS ACREDITADOS

La Asamblea General Extraordinaria de la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (PAZAH) celebrada el 10 de marzo de 1995, entre otros acuerdos adoptó el siguiente:

«1. *Obligatoriedad de comprar todo el material a través de la Asociación.*»

II. VALORACION JURIDICA

El acuerdo tomado por PAZAH en la Asamblea General Extraordinaria de fecha 10 de marzo de 1995, en el que entre otros se establecía la obligatoriedad, para las autoescuelas asociadas, de adquirir todo el material didáctico a través de dicha Asociación, podría resultar un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se considera responsable de esta conducta a la AGRUPACION DE AUTOESCUELAS CON EXAMEN EN ALCALA DE HENARES (PAZAH).»

Dicho Pliego se notificó a los interesados, alegando éstos, en el trámite correspondiente, lo que estimaron oportuno.

7. Declaradas concluidas las actuaciones, el Instructor procedió a redactar el informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC. En dicho informe, de fecha 26 de marzo de 1999, se propone al Tribunal:

«1. *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) consistente en la fijación de tarifas por parte de la AGRUPACION DE AUTOESCUELAS con examen en ALCALA DE HENARES (PAZAH).*

2. *Que declare también la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) consistente en el Acuerdo de la Asamblea de PAZAH por el que se estipula en el apartado 81 la obligatoriedad de comprar el material didáctico a través de la misma, imputable a dicha Agrupación.*

3. *Que intime a PAZAH para que en lo sucesivo se abstenga de realizar prácticas semejantes, según prevé el art1 9 de la LDC, restableciendo la efectiva competencia en el sector.*

4. *Que imponga a PAZAH la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en el BOE y en uno de los diarios de más tirada nacional, de conformidad con el artículo 46.5 de la LDC.*

5. *Que adopte cualquier otro pronunciamiento previsto en el artículo 46 del mismo texto legal.»*

8. Recibido el expediente el 16 de abril de 1999, mediante Providencia de 23 de abril, el Tribunal acordó admitirlo a trámite y ponerlo de manifiesto a los interesados para que formularan alegaciones, pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias. Los interesados propusieron las pruebas que consideraron oportunas y mediante Auto de 20 de octubre de 1999 el Tribunal acordó aceptarlas todas, no celebrar vista y fijar plazos para la práctica de las pruebas, valorar las mismas,

hacer alegaciones y formular conclusiones. Ambas partes hicieron alegaciones y formularon conclusiones en los plazos previstos.

9. Tanto en las alegaciones como en los escritos de conclusiones ambas partes alegaron vicios de procedimiento en la práctica de las pruebas de confesión si bien, también las dos partes, habían solicitado que se tuvieran por aportadas las pruebas documentales que ya obraban en el expediente.

Las denunciadas se mantienen en su postura inicial que entienden ha sido ratificada a lo largo de la tramitación del expediente y se adhieren al contenido del Informe Propuesta del Servicio.

La denunciada, por su parte, alega que todas las autoescuelas asociadas tienen que hacer frente a una serie de gastos similares por lo que los precios cobrados tienen que ser también similares aunque no así los servicios ofrecidos por ellas. El alumno, a la hora de decidirse por una autoescuela u otra tiene, además de los precios, que en algunos casos pueden ser similares, otros factores que determinan esa elección. Indica también que es imposible poner de acuerdo a un total de 85 autoescuelas para la fijación de precios cuando existen tan malas relaciones entre ellas. La similitud observada entre varias autoescuelas se produce de forma no coordinada y propiciada por diversas circunstancias del mercado que hacen necesariamente idéntica su conducta.

Respecto a la obligatoriedad de compra de material a través de la Agrupación, indican que ésta no era vendedora del material didáctico, sino simple depositaria del mismo perteneciente a distintas editoriales siendo los socios los que libremente retiraban el material, facturando el mismo, posteriormente, cada una de las editoriales a las autoescuelas.

10. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 8 de febrero del año 2000, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.

11. Son interesados:

- Don Fernando Ruiz López.
- Don Francisco Moreno Rollón.
- Don César Martín de Argenta García.
- Agrupación de Autoescuelas con Exámenes en Alcalá de Henares (PAZAH).

HECHOS PROBADOS

1. Consta en el expediente (folio 3) un ejemplar del cartel anunciador donde PAZAH informa al público, entre otros extremos, que esa Asociación recomienda a sus Escuelas Asociadas precios mínimos y máximos. Asimismo informa, resaltándolo, que: «*Las ofertas sumamente baratas, son totalmente engañosas. Nadie da duros a pesetas.*». Y también: «*La Clase de Examen Práctico, el importe razonable son 6.000 pesetas.*».

2. En el capítulo II de los Estatutos internos de la Agrupación PAZAH donde se especifican y gradúan las sanciones que aplicarán a las Autoescuelas Asociadas que cometan las infracciones tipificadas como «Faltas muy graves» (folio 7) se dice textualmente: «*Imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, que no sean equitativos, o no se ajusten a los costes reales.*». Las faltas que PAZAH clasifica como muy graves se sancionan: la 10 vez con 50.000 pesetas y expulsión temporal de cuatro meses, la 20 con 100.000 pesetas y la expulsión de seis meses, y la 30 expulsión definitiva, pero con posibilidad de reintegro transcurridos seis meses abonando un millón de pesetas.

3. Constan en el expediente varios documentos (folio 104 a 134) de distintas Autoescuelas Asociadas con textos idénticos donde se dice:



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

«Como miembro de la Asociación Profesional de Auto-escuelas denominada PAZAH, tengo absoluta libertad para establecer en mi escuela los precios que desee.

No obstante, tengo muy en cuenta los precios que mi Asociación me recomienda, tanto los mínimos como los máximos, puesto que están basados en un estudio sobre los costos».

4. Desde PAZAH se envió una circular (folio 103) a todos sus asociados de fecha 25 de mayo de 1994 en la que se dice que «dado el gran confusiónismo existente respecto) a qué precios han de cobrarse? y si) es legal o no?, esta Asociación Profesional estima conveniente que...». Se detallan a continuación una serie de partidas de costos de explotación que dicen que han crecido para, a continuación, decir que ello da lugar a «que se aplique una banda de precios no inferior a: ...Se especifican precios mínimos concretos y por zonas para terminar diciendo que «estas bandas de precios se han obtenido de forma objetiva, basados en los costos de explotación antes citados y son meramente informativos desde esta Asociación Profesional.

5. En la Asamblea General Extraordinaria de PAZAH, celebrada el día 10 de marzo de 1995, entre otros acuerdos se adoptó el siguiente: «obligatoriedad de comprar todo el material a través de la Asociación» (folio 4).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Lo primero que se debe decir de nuevo, es lo que ya se dijo en el recurso R 330/98, esto es, que el enjuiciamiento que el Tribunal efectúa en esta Resolución no es específicamente el relativo a la licitud o ilicitud de la expulsión de los denunciantes en el orden civil, sino exclusivamente el relacionado con la posible infracción de la LDC. En reiteradas ocasiones (Resolución de 18 de diciembre de 1991. Expediente 296/91; Resolución de 28 de junio de 1995. Expediente 351/94; y Resolución de 13 de julio de 1998. Expediente 401/97, entre otras), el Tribunal «ha precisado el deslinde de competencias entre las que le atribuye la LDC respecto de los acuerdos a los que se refiere el artículo 1 y las que corresponden a la jurisdicción civil, en un sentido que ha confirmado la STS de 10 de diciembre de 1993. Según esta interpretación, corresponde al Tribunal declarar si un contrato, o alguna de sus cláusulas, o el acuerdo de una asociación de empresarios (artículo 1 LDC), es lícito o ilícito conforme a la LDC, es decir, en la terminología legal, si constituye o no una práctica prohibida; le corresponde también ordenar el cese de esta práctica y sancionarla administrativamente (artículo 46 LDC). Mientras que es de la competencia del juez civil establecer las consecuencias que la práctica prohibida produce en el orden civil, esto es, los efectos sobre la validez o nulidad, total o parcial, del contrato, y sobre las obligaciones, incumplidas o por cumplir, de las partes». (Resolución de 13 de julio de 1998 citada).

En el presente expediente se trata principalmente de dilucidar, ni más ni menos, si la conducta de PAZAH, recomendando precios máximos y mínimos, que se manifiesta a través de su concreción en los documentos señalados en los hechos acreditados en este expediente y que no han sido puestos en duda por ninguna de las partes, es una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC donde se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia mediante, en particular, la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Se trata también de resolver sobre si la LDC prohíbe que se estipule en el reglamento de PAZAH la obligatoriedad de compra de material didáctico a través de ella.

También se debe decir al principio respecto a las dos cuestiones centrales planteadas es que, al estar basado el presente expediente en pruebas documentales (que por otra parte había sido

pedida expresamente su aportación tanto por la denunciada como por las denunciantes en el trámite de proposición de prueba), ha sido innecesario, a todos los efectos, recurrir a las pruebas de confesión para resolver. Basta con tener en cuenta las abundantes pruebas documentales para resolver sobre la transgresión o no del artículo 1 de la LDC por parte de PAZAH y sin entrar a decantarse sobre otras cuestiones y contenciosos particulares entre las partes que no tienen nada que ver sobre lo que se juzga en este expediente ante el Tribunal.

2. En efecto, el espíritu y la letra de la LDC, y en especial su artículo 1, están inspirados, tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, en el artículo 38 de la Constitución Española en donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. También lo está en el artículo 33 donde se afirma la propiedad con su función social. Tales preceptos tratan de salvaguardar la independencia de comportamiento, la libertad de emprender y la autonomía contractual de los operadores económicos como manifestación necesaria y conveniente del libre desarrollo de la personalidad consagrado también en el artículo 10 de nuestro texto Constitucional. Sin la libre disposición sobre lo propio en que consisten los derechos de propiedad difícilmente se pueden acometer proyectos y tomar decisiones empresariales responsables que compitan con las decididas y materializadas por los demás. El principio de la independencia de comportamiento por parte de los actores principales de la trama económica interdependiente resulta decisivo para el desarrollo de una competencia dinámica y enriquecedora, en beneficio de los usuarios finales y capaz de poner en marcha proyectos, siempre arriesgados, con responsabilidad personal no coartada por voluntades ajenas.

Por eso tal y como también el Tribunal ha expresado en otras ocasiones —como por ejemplo en la reciente Resolución de fecha 19 de enero del año 2000 (expediente 453/99, Expertos Inmobiliarios 3)— «Cuando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos. Transmitiendo señales corporativas se intenta, y de hecho se consigue siempre, en mayor o menor medida, coartar de alguna forma la libertad personal de comportamiento económico de los agentes individuales restringiendo en definitiva los derechos exclusivos de libre disposición sobre lo propio en que consiste la propiedad. (...). Las actuaciones concertadas y las pautas colectivas sobre el comportamiento de los agentes merman esos principios básicos de la solvencia e independencia de comportamiento necesarios para el eficaz despliegue de la competencia». La mera recomendación de precios, no digamos ya cuando se refiere a precios mínimos, ejercida y exigida de manera directa —o también de forma más o menos indirecta— desde la preeminencia e influencia de los estatutos y el reglamento interno de una asociación o agrupación, vulnera el artículo 1 de la LDC en tanto en cuanto restringe, o al menos puede restringir la competencia al emitir indudables señales corporativas que transmiten pautas de homogeneización de precios y condiciones comerciales. La conducta anticompetitiva se agrava cuando se prevén sanciones a quien no cumpla lo estipulado catalogando tales comportamientos como faltas graves y competencia desleal respecto al resto de asociados.

3. En el presente caso, queda suficientemente acreditado que a través de los Estatutos internos de la Agrupación PAZAH —donde se tipifican como «faltas muy graves» las desviaciones de precios por parte de las asociadas respecto a los precios o franjas de precios máximos y mínimos estipulados que se sancionan, además, no sólo pecuniariamente, sino también con la expulsión— se incidía, coartándolo, sobre el principio de autonomía e independencia de comportamiento libre de cada una de sus asociadas restringiendo así la libre competencia en un aspecto tan vital para el



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

interés público de los clientes como son los precios a los que se pueden recibir servicios tan esenciales hoy para la vida laboral, económica y ciudadana como son los necesarios para poder acceder a la obtención del carnet de conducir.

La gravedad y acreditación de tales conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC se acrecienta cuando desde la Agrupación se publicitan carteles indicando el precio razonable de cada clase práctica de conducir, tachando de engañosas las actuaciones procompetitivas por debajo de lo que se recomienda como razonable, denigrando su crédito empresarial ante sus alumnos potenciales y habiendo podido ocurrir incluso, aunque no ha quedado suficientemente probado en este caso, que esa fuese la razón de expulsar a algunas de las autoescuelas que seguían una política de precios por debajo de los recomendados y de los mínimos establecidos. En el Reglamento Interno, al menos, sí que se contemplaba esa posibilidad en base a una mal llamada conducta «no equitativa».

No cabe en este sentido alegar, como se hace en el expediente aportando numerosas cartas de distintas autoescuelas asociadas, que éstas declaran tener absoluta libertad para establecer los precios que deseen cuando, inmediatamente después, contradictoriamente, afirman todas ellas tener muy en cuenta los precios que la Asociación les recomienda, tanto los mínimos como los máximos. Más que pruebas de descargo son éstas confirmación de que lo señalado desde PAZAH surte efectos anticompetitivos en la mayoría de las asociadas que se escudan en la Agrupación para evitar el riesgo de la competencia empresarial, coordinando comportamientos en perjuicio del bien público de los clientes. La Autoescuela que se atreve a no seguir las directrices puede ser incluso perseguida por las demás en base a una tergiversada «deslealtad» que en realidad sólo busca el interés propio corporativo donde están ausentes las innovaciones, creatividad y eficacia que se producen siempre allí donde la competencia se difunde y hace presente. Siguiendo las señales corporativas se homogeneiza y encasilla la actuación económica del sector atentando gravemente contra ese principio de la libertad e independencia de comportamiento empresarial garante de la competencia. Aunque sean muchas las autoescuelas, acordando precios y condiciones a través de PAZAH, actúan todas ellas con cierta uniformidad como si de un monopolio u oligopolio no competitivo se tratara y abusando de su posición de dominio conjunta.

Es también una falacia sustentar que los precios recomendados son prácticamente iguales a los establecidos libremente en casi todas las autoescuelas porque se basan en estudios sobre los costos reales, objetivos y generales para todos. Si hay algo que se descubre continuamente al observar la realidad económica y empresarial en régimen de competencia es precisamente la riqueza de la variedad respecto a las valoraciones distintas respecto a determinadas mercancías o servicios y los recursos —costes— necesarios para producirlas. Toda persona física o jurídica, en cada instante histórico, tiene un punto de vista original y distinto en alguna medida sobre lo que es apreciable y mejor para sus clientes potenciales así como los recursos que se necesita combinar de una u otra forma para producir esta o aquella mercancía o este o aquel servicio. Se puede ser más intensivo en instrumentos de capital o más intensivo en capital humano, se puede tener una estructura u organización de gran tamaño con costes fijos importantes pero con economías de escala, o se puede preferir la mayor flexibilidad y atención personalizada de pequeñas empresas. Se puede preferir reducir precios recortando márgenes para conseguir mayor número de clientes o, por el contrario, se puede apostar por precios altos con calidad especial añadida. Las horas de trabajo pueden ser diariamente variables o fijas, los medios utilizados más o menos sofisticados, la inversión en publicidad más o menos amplia e ingeniosa, etcétera. En toda actividad económica siempre hay diversidad de funciones y formas de producción posibles. La ilimitada variedad de combinaciones de bienes intermedios, capital y, sobre todo, recursos humanos, y el amplio grado de diferencias en la potencialidad y capacidad de las personas y los recursos es una de las más precisas características con que nos encontramos siempre en la realidad empresarial. Si esta riqueza de la

variedad innovadora apenas se ve reflejada en los precios de forma habitual es motivo suficiente para sospechar un cierto grado de colusión en dichos mercados. Desde luego, desde cualquier asociación ni desde cualquiera de sus asociados se pueden aventurar afirmaciones ciertas y «objetivas» sobre lo que otros asociados y competidores pueden o deben hacer en base a lo que su libre autonomía personal entiende en cada momento ser lo más conveniente para sus clientes y para su actividad empresarial. De todo ello se deriva la imposibilidad real de que sean ciertas las alegaciones de la denunciada cuando afirma que la similitud observada entre varias autoescuelas se produce de forma no coordinada y propiciada por diversas circunstancias del mercado que hacen necesariamente idéntica su conducta; o cuando alegan que todas las autoescuelas asociadas tienen que hacer frente a gastos similares; o cuando sólo aluden a las diferencias de servicio sin admitir las diferencias posibles de precios.

Por todo ello, el Tribunal entiende que PAZAH ha incurrido en conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, recomendando colectivamente precios, especialmente los mínimos, que han tenido por efecto restringir la competencia en perjuicio del interés público de los usuarios y en unos servicios tan esenciales hoy en día como son los necesarios para permitir la obtención del carnet de conducir.

4. Respecto al segundo cargo relativo a la obligatoriedad de compra del material didáctico a través de la Asociación, si bien se debe declarar tal práctica como restrictiva de la competencia en tanto en cuanto, también por lo dicho anteriormente, no se puede obligar a las asociadas desde el Reglamento a realizar operaciones contractuales de compra para las que son libre y autónomas en sus decisiones, dado que ha quedado suficientemente probado que apenas se ha llevado a efecto tal práctica y que efectivamente PAZAH ejercía las veces de simple depositaria del material perteneciente a distintas editoriales, el Tribunal entiende que no se debe sancionar limitándose a intimar a la Agrupación para que no vuelva a obligar a comprar desde sus Estatutos a las asociadas a través de PAZAH.

5. En definitiva, tal y como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho números 1, 2 y 3, habiendo quedado acreditado que PAZAH transgredió el artículo 1 de la LDC practicando una conducta contraria a la libre competencia, es preciso intimar a su autora para que cese en la realización de la misma y en lo sucesivo se abstenga de adoptar acuerdos y decisiones semejantes a la anterior.

Producida una práctica prohibida por la LDC, la misma debe ser sancionada, y así el artículo 10 de la LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el artículo 1 de la LDC. Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta, por una parte, que en el artículo 10.1 se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifras de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, por otra, que en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción.

Teniendo en cuenta dichos criterios, en especial la gravedad, modalidad y el efecto de la restricción de la competencia sobre los clientes, que ven coartados sus derechos de mejores relaciones calidad/precios en servicios tan necesarios, así como la dimensión del mercado afectado que se refiere a más de 80 autoescuelas, algunas de ellas con más de un centro desde donde presta sus servicios, siendo una parte importante de la Comunidad de Madrid, se estima adecuado fijar la multa de 15.000.000 de pesetas, muy moderada si se compara con el límite de 150 millones que le podría ser de aplicación.

El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad y para evitar confusión en todos estos aspectos respecto a la aplicación de la Ley, hay que dar a la presente Resolución una amplia difu-



SECCION JURIDICO- ECONOMICA

sión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal ordena la publicación a costa de PAZAH de la parte dispositiva de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Sección de economía de un diario de información general que se publique en todo el territorio nacional. Por las mismas razones se considera preciso que se distribuya entre todas sus asociadas, por correo certificado, copia de la presente Resolución en el plazo de dos meses desde su notificación.

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

HA RESUELTO

Primero: declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por parte de la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (PAZAH) consistente en haber recomendado colectivamente a sus asociados la aplicación de unos precios máximos y, sobre todo, mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas para la obtención del carnet de conducir, con posibles sanciones disciplinarias por parte de la Agrupación.

Segundo: declarar que también ha quedado acreditada la realización de otra práctica prohibida por el artículo 1 consistente en el Acuerdo de la Asamblea de PAZAH por el que se estipula en el apartado 81 la obligatoriedad de comprar el material didáctico a

través de la misma, imputable a dicha Agrupación.

Tercero: intimar a la citada Agrupación autora de las prácticas declaradas prohibidas a que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a las anteriores.

Cuarto: imponer a la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (PAZAH) una multa de 15.000.000 de pesetas, equivalentes a 90.151'816 euros.

Quinto: ordenar a la citada Agrupación que dé traslado del texto íntegro de esta Resolución a todos sus asociados, por correo certificado, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Sexto: ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de PAZAH en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Sección de economía de un diario de información general que se distribuya en todo el territorio nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Séptimo: la justificación de lo ordenado en esta Resolución deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución. ■



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

ARTICULOS DE LA SECCION «PAISES» PUBLICADOS EN EL BOLETIN ECONOMICO DE INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA



- «El Brasil del Real» (BICE 2572).
- «La actualidad de la economía argentina» (BICE 2573).
- «Nicaragua: un país que necesita la ayuda internacional» (BICE 2574).
- «República Dominicana: desarrollo y clima de negocios» (BICE 2576).
- «Nuevo impulso a las relaciones económicas con Bolivia» (BICE 2578).
- «Hong Kong, un año después» (BICE 2584).
- «Oportunidades de inversión turística en Chile» (BICE 2585).
- «Panamá con la vista puesta en el 2000» (BICE 2586).
- «Corea del Sur bajo los auspicios del FMI» (BICE 2587).
- «Marruecos: desarrollo y clima de negocios» (BICE 2588).
- «Uruguay en el MERCOSUR: oportunidades de negocio para las empresas españolas» (BICE 2590).
- «Real 2: La política económica brasileña tras la reelección del Presidente Cardoso» (BICE 2591).
- «Ecuador: entre la estabilización y el desarrollo» (BICE 2592).
- «Hungría ante la ampliación de la UE» (BICE 2597).
- «Relaciones económico-comerciales entre España y Perú» (BICE 2598).
- «Turquía: situación económica y oportunidades de inversión» (BICE 2602).
- «Túnez: reestructuración y equilibrio económico» (BICE 2606).
- «La economía paraguaya: posibilidades de negocio ante la situación de crisis económica y política» (BICE 2607).
- «La devaluación del real» (BICE 2608).
- «Tailandia: reformas para la recuperación económica» (BICE 2609).
- «Venezuela en su laberinto» (BICE 2610).
- «Bulgaria: de la crisis económica a la estabilidad» (BICE 2615).
- «México ante el fin de siglo» (BICE 2620).
- «La economía de Yemen» (BICE 2621).
- «La República Árabe de Egipto: retos y perspectivas para la exportación española» (BICE 2622).
- «Sudáfrica: el problema del oro, los países productores y el FMI» (BICE 2624).
- «1999: un año de transición para la economía de Brasil» (BICE 2626).
- «Honduras: reconstrucción económica y social» (BICE 2628).
- «Reformas económicas en Costa Rica» (BICE 2631).
- «Libia, un país desconocido» (BICE 2636).
- «Malasia, tras la crisis» (BICE 2648).
- «La economía ecuatoriana en su hora decisiva» (BICE 2651).
- «Bolivia: una experiencia en microfinanzas» (BICE 2656).
- «El comercio hispano-japonés en 1999» (BICE 2658).
- «Pakistán: oportunidades de negocio en un país desconocido» (BICE 2660).
- «El suave despegue de la economía japonesa» (BICE 2661).
- «¿Por qué Brasil salió de la crisis?» (BICE 2663).
- «Evolución reciente de la economía checa» (BICE 2665).