

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expte. 489/00, MOB / Telefónica Móviles)

■ En Madrid, a 24 de abril de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Miguel Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 489/00 (1653/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado de oficio por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia en virtud de denuncia de DISTRIBUCIONES MOB, S.A. contra TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES S.A. por presuntas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por escrito de 10 de julio de 1997, DISTRIBUCIONES MOB, S.A. (en adelante, MOB) formuló denuncia contra TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES S.A. (en adelante TSM) por supuestas prácticas prohibidas por la LDC, consistentes en la inclusión de MOB en una denominada *lista negra* de distribuidores de los servicios *MoviLine* y *MoviStar*.

Tras la práctica de una información reservada, el Servicio archivó la denuncia. El Acuerdo de archivo fue recurrido ante el Tribunal (expte. r 263/97) quien, por Resolución de 23 de diciembre de 1997 estimó el recurso e interesó la apertura de expediente por el Servicio, al que instó para que investigara, además, si la práctica de TSM de subvencionar terminales constituía una práctica anticompetitiva.

Por Resolución de 29 de julio de 1998 el Tribunal desestimó el recurso interpuesto (expte. r 321/98v) por MOB contra el Acuerdo del Servicio denegando la solicitud de propuesta al Tribunal de imposición de medidas cautelares a TSM.

Por Resolución de 25 de enero de 1999 el Tribunal desestimó el recurso (expte. r339/98v) interpuesto por MOB contra el Acuerdo del Servicio declarando confidenciales algunos documentos de TSM.

El 14 de octubre de 1999 el Servicio acordó el sobreseimiento parcial del expediente en lo referente a las subvenciones de las terminales móviles digitales, presentando MOB ante el Tribunal recurso (expte. R 394/99) contra el sobreseimiento desestimándose el recurso por Resolución de 20 de marzo de 2000.

2. El 28 de abril de 2000 el Tribunal recibió el expediente e informe-propuesta correspondiente del Servicio proponiendo que se declare la existencia de un abuso de posición dominante de TSM y que se adopten los demás pronunciamientos del artículo 46 LDC en relación con *“la elaboración de listas negras de distribuidores y de escritos que contengan presiones para expulsar a MOB de la empresa ATAXA Group”*.

3. Por Providencia de 12 mayo 2000, el Tribunal admitió a trámite el expediente y lo puso de manifiesto a los interesados para que propusieran las pruebas que considerasen necesarias y solicitasen la celebración de Vista.

4. El 9 de junio de 2000 se recibió el escrito de proposición de prueba de TSM en el que solicitaba la celebración de Vista oral.

5. El 14 de junio de 2000 se recibió el escrito de MOB de proposición de prueba, no pronunciándose sobre la celebración de Vista, lo que dejaba al criterio del TDC.

6. Mediante Auto de 29 enero de 2001, el Tribunal decidió sobre la admisión de prueba y concedió plazos necesarios para su valoración y formulación de conclusiones acordando que no resultaba necesaria la celebración de la Vista solicitada por TSM.

7. El 14 de febrero de 2001 se recibieron las alegaciones de TSM.

8. El 20 de febrero de 2001 MOB aportó las pruebas admitidas por el Tribunal en su Auto de 29 de enero de 2001 y el 12 de marzo de 2001 se recibió el escrito de conclusiones de MOB.

9. El Tribunal deliberó sobre este asunto en su sesión plenaria del día 3 de abril de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

10. Son interesados:

- DISTRIBUCIONES MOB, S.A.
- TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES S.A.

HECHOS PROBADOS

1. TSM era en 1997 una empresa filial al 100% de Telefónica S.A. de quien había obtenido los títulos habilitantes para prestar los servicios de telefonía móvil analógica y digital.

De acuerdo con datos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (folio 703) el mercado de móviles creció desde 121.000 millones de pesetas en 1995 a un total de 669.000 millones de pesetas en 1998. Las cuotas de mercado de TSM descendieron, en este periodo, desde el 99% en 1996 al 70 % en 1998.

2. MOB forma parte de un grupo dirigido por D. Antonio Llompart Gelabert, al que también pertenecen *Cedular Line*, S.L., distribuidor de TSM y otros agentes comerciales de ambas como *Autoradio Llompart*.

Según el denunciante sólo MOB y *Autoradio Llompart* tienen una política comercial uniforme, mientras que *Cedular Line* está integrada en un grupo de gestión comercial ajeno a MOB, manteniendo su política comercial de forma independiente, al estar integrado en una red comercial distinta denominada *Cadena Radiophone*, perteneciente a *Ataxa Group* (Folio 370).

3. Con fecha 29 de Septiembre de 1995 MOB suscribió con TSM dos contratos de distribución en exclusiva, referidos al servicio *MoviStar* (modalidad GSM, digital) y otro al servicio *Moviline* (modalidad analógica) (folios 47 a 72, ambos inclusive).

Entre las cláusulas que definen el objeto del contrato figuran las siguientes:

1.1. *“El Distribuidor se compromete frente a TM a realizar para ésta todas aquellas actividades relacionadas con la promoción y comercialización de MOVISTAR/MOVILINE, así como tareas ligadas a la contratación del Servicio entre TM y el cliente, a las relaciones con este último, a la recogida y traslado de reclamaciones y otras actividades de análogas características.”*

1.2. *“El Distribuidor se reserva el derecho de libre comercialización de los terminales de cualquier marca, siempre que cuenten con Certificado de Homologación expedido por la Dirección General de Telecomunicaciones u Organismo análogo de la Unión Europea”*

1.7. *“El Distribuidor se compromete a prestar en exclusi-*



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

dad las actividades a él encomendadas en el presente Contrato de Distribución de Servicio MOVISTAR. No podrá, por tanto, promover la venta de servicios de Telefonía Móvil Automática, de otros titulares distintos a TM o sus filiales.”

La cláusula 13 enumera los supuestos de resolución anticipada del contrato.

4. TSM promociona la venta de terminales móviles en su modalidad digital desde Enero de 1996, mediante el abono a los mayoristas que surten dichos terminales a los distribuidores del servicio *Movistar* de una subvención que permite vender dichos terminales a los consumidores a un precio inferior al de mercado.

TSM no tenía suscritos acuerdos de subvención ni con los fabricantes ni con los distribuidores; sólo celebró “acuerdos de apoyo comercial a la venta de terminales” con los mayoristas de dichos terminales, accediendo a la adquisición de los mismos todos los distribuidores oficiales de TSM.

Los mayoristas tenían contratos con TSM para el suministro de los terminales subvencionados a los distribuidores exclusivos, mediante dos procedimientos diferentes: uno, en el que los mayoristas adquieren los terminales de sus fabricantes y reciben de TSM, contra presentación de la correspondiente factura detallada, parte del precio por terminal suministrado a los distribuidores del Servicio *Movistar* y otro, en que TSM compra los terminales directamente de los fabricantes y vende a los mayoristas a precio subvencionado, para que éstos los suministren a los distribuidores a dicho precio. En este segundo sistema TSM no recibe cargos de los mayoristas por el suministro a los distribuidores de los terminales subvencionados (folios 240 – 242).

En 1997 TSM destinó 22.063 millones a subvencionar la compra de aparatos terminales digitales.

5. Con fecha 14 de febrero de 1997 TSM, mediante escrito de su Dirección General Comercial, (folio 73) comunicó a diversos mayoristas de terminales lo que sigue:

Abajo os relaciono como queda la lista negra de distribuidores después de las últimas modificaciones, de tal manera que a los siguientes distribuidores no puede salir ningún equipo, ya que está comprobado que están sacando terminales al extranjero:

- CONSUTEL
- DPH INTERNACIONAL
- DIESEL ALICANTE
- PACSYS
- MOVIL PONE (c/ Gran Vía, 42 – Bilbao)
- DISTRUBUCIONES MOB
- AUTORADIO YONPAR

El 20 de mayo de 1997 la Dirección General de Marketing y Ventas de TSM remite un nuevo fax (folio 456) con el siguiente texto:

Mediante la presente les comunicamos que al siguiente distribuidor no se le podrá servir ningún equipo, les rogamos, por tanto, lo añadan a la lista que ya tienen en su poder:

- CEDULAR LINE S.L. (Palma de Mallorca)

6. El 2 de junio de 1997 el Director General de Marketing y Ventas de TSM dirige a D. Alejandro Fernández de ATAXA GROUP S.A. la siguiente carta (folio 104):

Como supongo que ha podido llegar a tu conocimiento, estoy al corriente de muchas de las cosas que, desde hace un par de años, pero más activamente en los últimos meses, vienen ocurriendo con el Mercado de Móviles, sobre todo en lo referente a exportación ilegítima de terminales

El propósito de esta carta es pedir al Grupo Ataxa que, de manera inmediata (como supongo que sus estatutos permiten) se reúna y se pronuncie sobre la representatividad de su asociado Sr. Llopart Gelabert (Distribuciones Mob, S.A.) en el sentido de

considerarle o no, exponente del promedio moral existente en Ataxa.

Ten por seguro de que la indudable simpatía profesional que hoy por hoy mantengo hacia el Grupo Ataxa, se verá inexorablemente afectada por la calidad de la decisión adoptada.

En el remoto caso de que tú o tu organización no entendierais el sentido de esta carta, te ruego me contactes urgentemente.

P.D.: Si crees que hubiera otro candidato de Ataxa proclive a ser protagonista pasivo de una carta como ésta, os ruego a ti y a tu organización que me lo hagáis saber cuanto antes, para reconducir moralmente las filas de nuestras organizaciones respectivas.

C.C. Sr. D. Luis Lada (Consejero Delegado de Telefónica Servicios Móviles).

Sr. D. José Luis Castellano (Secretario General y Director de la Asesoría Jurídica de Telefónica Servicios Móviles). ”

7. El 17 de junio el Sr. Fernández de ATAXA Group S.A. contesta a TSM en los siguientes términos (folio 106, 453):

“En contestación a tu escrito de fecha 2 de junio de los corrientes y tras la Junta de socios de la compañía ATAXA GROUP, S.A. celebrada el pasado día 12 a la que asistieron la totalidad de los mismos cúpleme informarte de los acuerdos que por unanimidad total de los asistentes, se adoptaron en relación al socio Sr. Antonio Llopart Gelabert (Distribuciones Mob. S.A.):

“La totalidad de socios ha decidido suspender “sine die” la relación comercial con el socio de la compañía Sr. Llopart Gelabert así como con la sociedad Distribuciones Mob, S.A. o cualesquiera otra perteneciente al mismo grupo que presuntamente pudieran estar implicados en exportación ilegítima de terminales, ello a la espera del resultado de las acciones legales iniciadas por Telefónica Móviles y encaminadas al esclarecimiento de los hechos y a la depuración de responsabilidades.

La compañía ATAXA GROUP, S.A. acata desde este instante los pronunciamientos judiciales que se produzcan por tal causa en el bien entendido que de producirse una declaración de culpabilidad, en modo alguno volverían a restablecerse sus derechos comerciales o de suministro manteniéndose los estrictamente imprescindibles derivados de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Si, por el contrario, se produjera una declaración de inocencia, presuponemos que Telefónica Móviles, pertinaz defensora siempre de la moralidad, será consciente y responsable de los daños, que de todo tipo, pueden llegar a causarle a la compañía de este penoso asunto.”

Creo que la actitud de ATAXA GROUP, S.A. queda perfectamente clara tras lo expuesto, y creo también que no puede existir ya ninguna duda sobre la manera en que entendemos deben realizarse los negocios.

Quedando a la espera de tu información periódica sobre el estado de las actuaciones contra el Sr. Llopart Gelabert y sus empresas, aprovecho la ocasión para saludarte cordialmente. “

8. El 4 de Julio de 1997 el Director General de Marketing y Ventas de TSM contesta a la carta de Ataxa Group en los siguientes términos:

“ Vengo por medio de la presente a contestar tu atenta de fecha 17 de Junio de 1997.

Deseo manifestarte la positiva percepción de esta Compañía con relación a cualquier decisión que adopte Ataxa Group, S.A. encaminada a prevenir comportamientos irregulares entre los miembros integrantes de su organización. Cuando la prevención no produzca los efectos deseados, y los comportamientos irregulares se convierten en presuntamente delictivos, no cabe duda que se hará exigible una actitud mucho más contundente, como la que parece ha querido adoptar la Junta de Accionistas de Ataxa Group, S.A. con relación a D. Antonio Llopart Gelabert.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

No obstante lo anterior, resulta de todo punto inaceptable cuanto se pretende por Ataxa Group, S.A. de acuerdo con el tenor de los párrafos tercero y cuarto la carta mediante la presente se contesta. Pretende responsabilizar a Telefónica Servicios Móviles S.A. de los perjuicios "de todo tipo" que se pudiesen ocasionar a Ataxa Group S.A. como consecuencia de la actividad judicial, cuando se están investigando en esta sede las presuntas actividades delictivas que hayan podido llevar a cabo miembros de su Organización, resulta absolutamente inaceptable, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el meramente comercial.

Sin duda, resultaría mas razonable que la preocupación de Ataxa Group, S.A. se centrara en los perjuicios que la actividad presuntamente incardinable en el Código Penal de alguno de sus miembros que pueda haber ocasionado a terceros, antes que en intentar sacar partido en el caso de que las investigaciones policiales no logren reunir las pruebas necesarias para dar lugar a una sentencia condenatoria. En este sentido, parece sorprendente que no sea la propia Ataxa Group, S.A. quien, personada en el procedimiento, esté apoyando y promoviéndola más completa actuación judicial, con el objeto de llegar hasta el fondo de este asunto y conocer con absoluta certeza los hechos y sus autores."

Cc/ Sr. Castellanos.

9. TSM resolvió los contratos con MOB y Cedral Line de distribución en exclusiva de Movistar y de distribución de Moviline, con fecha 9 de Marzo de 1998 y 14 de Mayo de 1998, respectivamente. (Folios 365, 366 y 368).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En la Resolución de 23 de diciembre de 1997 (expte. r 263/97) el Tribunal estimó el recurso de MOB contra el Acuerdo de archivo del Servicio con el siguiente razonamiento:

"... aun cuando la actuación de MOB supusiera el incumplimiento del contrato y constituyera una actuación dolosa -e incluso puede admitirse a efectos teóricos tipificada penalmente-, no por ello se pueden permitir actuaciones comerciales tales como la elaboración de listas negras y el conseguir mediante presiones la expulsión de un operador de una central de compras. Estas actuaciones, que son difícilmente aceptables para cualquier operador, cuando las realiza quien se encuentra en posición de dominio puede suponer una infracción del artículo 6 LDC. Para resaltar la gravedad de la conducta cabe indicar que, si el posible incumplimiento afecta a la distribución de Movistar, las consecuencias en la distribución de Moviline tienen las características de auténtica represalia.

Hay que recordar en este punto la doctrina de este Tribunal acerca de que una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no ostentan tal posición (Resoluciones de 17 de marzo de 1992 -Expte. 272/90, Repsol-Butano-; de 5 de noviembre de 1992 -Expte. 316/92, Ascensores- y 18 de julio de 1996 -Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica-)

En definitiva, no resulta admisible la reacción de quien se encuentra en posición de dominio, cuando considera que sus legítimos derechos han sido vulnerados, de elaborar listas negras o forzar la expulsión de una central de compras, pues tal conducta equivale a tomarse la justicia por su mano."

En consecuencia, el Tribunal interesaba del Servicio la formulación de Pliego de Concreción de Hechos a TSM por la infracción del artículo 6 de la LDC así como una investigación sobre la práctica de TSM consistente en subvencionar terminales digitales por si constituyese una conducta anticompetitiva.

Tras el sobreseimiento parcial del expediente en lo referente a las subvenciones de las terminales móviles digitales, el Servicio

únicamente imputó en el pliego de concreción de hechos lo siguiente:

En cuanto a la edición y difusión de una "lista negra" por TSM en la que ordenaba a diversos mayoristas la prohibición de suministro de equipos de telefonía móvil y la redacción de una carta en la que solicitaba la expulsión de la denunciante de la empresa Ataxa Group, S.A. tal y como se dice en los hechos 5 y 7 podrían infringir el artículo 6 de la Ley 16/1989.(folio 875)

2. TSM, en sus alegaciones ante el Tribunal, se ha limitado a resaltar el carácter fraudulento de la conducta de MOB y otras empresas del Sr. Llompert en la comercialización de terminales, contra cuyas empresas TSM interpuso el 10 de mayo de 1999 querrela criminal, admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, llevándose actualmente las oportunas Diligencias Previas por el Juzgado nº 8 de Palma de Mallorca, estando el procedimiento *sub judice*.

Por su parte, MOB resalta el derecho a la libre comercialización de terminales que le confería la cláusula 1.2 de su contrato de distribución con TSM y ha presentado copia de diversas resoluciones judiciales por las que se archivan las diligencias iniciadas por denuncias de TSM y, en concreto, el Auto de Inadmisión de Querrela, de 12 de julio de 1999, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca.

El Tribunal considera que el presente expediente trata de dilucidar la conducta de TSM desde la perspectiva de la LDC y es, en este sentido, totalmente independiente de las denuncias por estafa y fraude presentadas por TSM contra MOB ante las jurisdicciones penal y civil.

3. El Tribunal estableció en el fundamento quinto de la Resolución de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97 AIRTEL/TELEFONICA) la posición dominante de TSM en el mercado de telefonía móvil (analógica y digital) para el periodo 1995-1997 en el que se producen los hechos objeto del presente expediente, con la siguiente argumentación:

"En el mercado de la telefonía móvil la evolución de las cuotas de mercado ha sido la siguiente:

Telefonía móvil. Cuotas de mercado

	Sep 95	Jun 96	Dic 97	Jun 97
TSM	100%	91,1%	78,2%	75,9%
AIRTEL	0%	8,9%	21,8%	24,1%

Pese a la reducción del porcentaje de cuota de mercado de TSM, esta empresa ha incrementado hasta diciembre de 1997 la diferencia entre su número de abonados y el de AIRTEL, en los términos que se indican a continuación:

Telefonía móvil. Miles de abonados

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
TSM	1525	2345	2711	3187
AIRTEL	149	652	861	1151
Diferencia	1376	1793	2150	2036

De los datos expuestos, el Tribunal estima que TSM tiene posición de dominio ya que ofrece en exclusiva el servicio de telefonía analógico (hasta el año 2007), que es el de mayor cobertura, tiene una cuota de mercado muy superior a la de AIRTEL e incrementa la diferencia entre el número de usuarios abonados ya que puede utilizar los clientes del servicio analógico que pasan a ser usuarios del servicio digital.

Si se considerara la telefonía móvil digital como un mercado separado, TSM también ostentaría, conforme a los argumentos expuestos, posición de dominio, de acuerdo con los siguientes datos:



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

Telefonía móvil digital. Cuota de mercado

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
MOVISTAR	68,2%	61,4%	64,1%	64,7%
AIRTEL	31,8%	38,6%	35,9%	35,3%

Circunscribiéndonos al servicio digital, la diferencia en la progresión de abonados ha sido:

Telefonía móvil digital. Miles de abonados

	Jun 96	Dic 96	Jun 97	Dic 97
TSM	319	1037	1537	2087
AIRTEL	149	652	861	1151
Diferencia	170	385	676	936

Conforme a los argumentos antes expuestos, TSM también tendría posición de dominio. En este caso la fundamentación de la posición de dominio se refuerza con los argumentos apreciados por la Comisión Europea en el asunto Omnitel Pronto/Italia (Ventaja temporal en la prestación del Servicio, red de distribución analógica operativa que puede comercializar el servicio digital, información privilegiada sobre hábitos de llamadas tanto por grupos de usuarios como por regiones y economías de escala en infraestructuras). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la preeminencia de TSM en el mercado de telefonía móvil analógica (derecho exclusivo y la estrecha conexión entre este mercado y el de la telefonía móvil digital), le permite extender su posición de dominio en el primero al mercado vecino criterio que, en orden a apreciar la existencia de posición de dominio, ya ha sido admitido en reiteradas Resoluciones por el Tribunal y la jurisprudencia comunitaria. (TDC. Resolución de 1/2/95: Expte. 3C; y TPI Asunto T. 83/91: Tetra Pak II)."

4. En el presente expediente se trata de valorar la conducta de TSM, habida cuenta la posición dominante que ostenta, a partir de documentos que la denunciada no niega haber cursado: escritos transmitidos por fax actualizando una lista negra y las cartas exigiendo primero -y aprobando después- la expulsión de MOB de un grupo de empresa (hechos probados quinto, sexto y octavo).

Aunque TSM no rescinde el contrato con MOB hasta marzo de 1998 y no presenta las primeras denuncias contra MOB por los desvíos de los terminales subvencionados a fines distintos de los que TSM pretendía con la subvención hasta 1998, meses antes, desde febrero de 1997, prevaleciendo de su posición dominante en el mercado de telefonía móvil, recurre a presiones sobre otras empresas del sector para que nieguen el suministro a MOB.

La forma en que TSM ejercita esta presión es reveladora de su carácter anticompetitivo con expresiones como la siguiente en el fax de 14 de febrero de 1977 que la Dirección General Comercial dirige a los mayoristas de terminales:

"Abajo os relaciono como queda la lista negra de distribuidores después de las últimas modificaciones, de tal manera que a los siguientes distribuidores no puede salir ningún equipo, ya que está comprobado que están sacando terminales al extranjero" (folio 73).

Destacan en esta frase, por una parte, la utilización de la expresión lista negra, peyorativa para las empresas que la integran, tanto literalmente (*relación secreta en la que se inscriben los nombres de las personas o entidades consideradas vitandas -que se deben evitar, odiosas, execrables-* DRAE) como en sentido figurado (*"no conseguirás nada, estás en la lista negra"* Diccionario de Uso del Español. María Moliner) y, por otra parte, la forma en que la redacción sugiere que estas listas negras constituyen la forma habitual en que TSM comunica a los mayoristas de terminales la relación de empresas que no deben ser atendidas en sus pedidos.

La expresión *"como queda la lista negra"* sugiere la idea de

que la existencia de tal lista es algo ya conocido por los mayoristas y es algo que se modifica periódicamente. En efecto, el 20 de mayo de 1997, TSM actualiza la lista añadiendo *Cedular Line S.L.* a la relación de siete empresas que ya figuraban en ella (folio 456).

Las consecuencias de figurar en las listas negras de TSM se manifiestan en el acatamiento por los mayoristas de las instrucciones recibidas. Así la empresa Master -Dis S.A. comunica al denunciante:

Lamentamos comunicarle que no podemos atender sus pedidos, ya que figura en la lista negra de Telefónica. (folio 78)

Parecidas manifestaciones de aceptación necesaria de las listas negras de TSM por los mayoristas, como única justificación de una negativa de venta, se encuentran en los folios 79, 80,81 y 82.

La lista negra de TSM tuvo amplia difusión entre los mayoristas de terminales constando en el expediente que fue recibida y obedecida, parcial o totalmente, por las empresas *Alpine Electronics S.A.* (Vitoria), *Belson S.A.* (Madrid), *Lanmovil S.A.* (Bilbao), *Ataxa Group* (Barcelona), *Master-Dis S.A.* (Madrid), *Computer 2000 S.A.*(Madrid) (folios 416, 425, 444, 449, 494 y 555, respectivamente).

5. La carta del Director General de Marketing y Ventas de TSM a *Ataxa Group* (Hecho Probado sexto) se transmite también para conocimiento del Consejero Delegado y del Director de la Asesoría Jurídica de TSM y, en ella, tras aludir a la exportación ilegítima de terminales se pide que el Grupo de manera inmediata se reúna y se pronuncie sobre la representatividad de su asociado Sr. Llompart Gelabert (*Distribuciones Mob S.A.*) en el sentido de considerarle o no exponente del promedio moral existente en *Ataxa*, asegurando que la simpatía profesional del remitente por el Grupo se verá inexorablemente afectada por la calidad de la decisión adoptada. Se trata de reconducir moralmente las filas de nuestras organizaciones respectivas por lo que si hubiera otro candidato de *Ataxa* proclive a ser protagonista pasivo de una carta como ésta os ruego... me lo hagáis saber cuanto antes.

Esta argumentación, tan escueta y apremiante como poco razonada en términos comerciales, basta, sin embargo, para convencer al Grupo *Ataxa* quien, por unanimidad, decide suspender inmediatamente y *sine die* la relación con MOB y empresas relacionadas, aunque no sin traslucir en la respuesta la incomodidad de tener que proceder sin que TSM haya aún obtenido resultado de sus acciones legales, indicando que, si se declarase la inocencia de MOB, *presuponemos que Telefónica Móviles, pertinaz defensora siempre de la moralidad, será consciente y responsable de los daños que, de todo tipo, pueden llegar a causarle a la compañía a raíz de este penoso asunto.* (Hecho Probado séptimo).

La respuesta de *Ataxa Group* no satisface totalmente a TSM, como muestra la posterior carta del Director General de Marketing y Ventas de TSM, transmitida también para conocimiento del Director de la Asesoría Jurídica de TSM, ya que si bien se muestra complacida por la positiva percepción de *Ataxa* en lo que se refiere a la expulsión del socio Sr. Llompart y de sus empresas, encuentra de todo punto intolerable pretender responsabilizar a TSM de los perjuicios de todo tipo que se pudiesen ocasionar a *Ataxa Group* como consecuencia de la actividad judicial.(Hecho Probado octavo).

6. En su Resolución de 3 de marzo de 2000 (Expte. 456/99 Retevisión /Telefónica), el Tribunal reiteraba los fundamentos de su posición doctrinal con respecto a la valoración de una conducta abusiva:

"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,Expte. 413/97 Airtel / Telefónica) que incumbe a



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

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 utilizando el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva (Centre Belge d'Études 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”

Entiende el Tribunal que las presiones de TSM sobre distintas empresas analizadas en los fundamentos jurídicos anteriores, prevaleciendo de su posición dominante y sin adoptar las medidas legales que estaban a su alcance (demandas judiciales, rescisión del contrato), constituyen una respuesta desproporcionada y no objetivamente necesaria a la acción de un operador del mercado y afectan también al resto de los operadores al imponerles decisiones que de otra forma no hubieran adoptado (negativa de venta, expulsión de un socio de un Grupo de empresas).

Además de conseguir la exclusión de un operador en el mercado de distribución, TSM extiende su poder de dominio en telefonía móvil al mercado conexo de terminales imponiendo a empresas terceras una negativa de venta cuya única justificación es la presencia del denunciante en las listas negras.

El Tribunal considera que las acciones de TSM analizadas no contribuyen al mantenimiento de un clima competitivo en el mercado de telefonía móvil que debe caracterizarse por las decisiones independientes de los operadores en el mismo en función de sus propios intereses y no deben estar mediatizadas por las presiones de la empresa dominante en sus intentos de resolver sus conflictos al margen de las vías legales de que dispone.

Por ello, el Tribunal considera que al ejercer tales presiones TSM ha abusado de su posición dominante infringiendo el artículo 6 LDC por lo que procede declararlo así en la presente Resolución e imponer las sanciones a las que se refiere el artículo 10 LDC.

7. El apartado 1 del artículo 10 de la LDC establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal en 150 millones de pesetas o hasta el 10% del volumen de ventas del ejercicio económico anterior a la Resolución.

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 10 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 alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, así como los efectos, duración y reiteración de la conducta infractora.

Por lo que se refiere a la modalidad de la infracción, el Tribunal ha venido considerando que los abusos de posición dominante, junto con los acuerdos horizontales de fijación de precios, constituyen las violaciones más graves de la LDC.

El alcance de la infracción se puede circunscribir a la impuesta expulsión del Sr. Llompert y su grupo de empresas de ATAXA Group y a las negativas de venta a las empresas que figuraban en las listas negras impuestas por TSM a los mayoristas de terminales que se citan en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto de esta Resolución.

Los mercados afectados resultan ser el de distribución de servicios de telefonía móvil y el mercado mayorista de terminales

móviles. No hay datos concretos en el expediente sobre la dimensión de estos mercados, pero una idea de su magnitud viene dada por los 22.000 millones de pesetas que TSM destinó en 1997 a subvencionar la compra de terminales digitales (folio 623).

Los efectos de la conducta abusiva de TSM en los mercados afectados fueron, en todo caso, escasos si se considera el número de terminales que se dejaron de vender a MOB y demás empresas en relación con el número total de terminales vendidas.

La duración de las presiones de TSM sobre los mayoristas de terminales parece estar limitada al periodo febrero-julio de 1997. En 1998 el conflicto TSM-MOB se encauza ya por vías legales.

Se aprecia reiteración en la infracción del artículo 6 LDC ya que por Resolución de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97 Airtel-Telefónica) el Tribunal impuso a TSM una multa de 610 millones de pesetas por dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel S.A. No se han considerado las cinco ocasiones en que, por infracción del mismo artículo 6, fue sancionada la empresa matriz de TSM, Telefónica S.A.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal entiende que debe imponer a TSM una multa de cincuenta millones de pesetas. Esta sanción se sitúa muy por debajo de la máxima que permite la Ley.

8. 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 la publicación de su parte dispositiva en el Boletín Oficial del Estado y en 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 Servicios Móviles S.A. de conductas de abuso de posición dominante, prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la elaboración de listas negras imponiendo sin justificación a diversas empresas mayoristas la negativa a vender a determinados distribuidores y en las presiones sobre Ataxa Group para que expulsase a uno de sus socios y a las empresas de su grupo.

Segundo.- Imponer a Telefónica Servicios Móviles S.A., como autora de esta conducta prohibida, la multa de cincuenta millones de pesetas.

Tercero.- Intimar a Telefónica Servicios Móviles S.A. a que se abstenga de realizar dichas conductas en el futuro.

Cuarto.- Ordenar a Telefónica Servicios Móviles 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 Servicios Móviles 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