

Id Cendoj: 28079230062003100424
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 483 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Secretaría de D. VICTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 16/07/2003

Fecha Sentencia: 22/09/2003

Núm. de Recurso:0000483/2000

Tipo de Recurso:

Núm. Registro General:03092/2000

Materia Recurso: CONDUCTAS PROHIBIDAS POR LEY

Recursos Acumulados:

Fecha Casación:

Ponente Ilma. Sra. :D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Demandante: TELEFONICA, S.A.

Procurador: SR. GARCIA SAN MIGUEL Y ORUETA

Letrado:

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Codemandado:

Abogado Del EstadoRETEVISIÓN, S.A.

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección SEXTA

Núm. de Recurso: 0483/2000

Tipo de Recurso:

Núm. Registro General: 03092/2000

Demandante: TELEFONICA, S.A.

Procurador: SR. GARCIA SAN MIGUEL Y ORUETA

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Codemandado: RETEVISIÓN, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

S E N T E N C I A N^o:

Ilmas. Sras./Sres.:

Presidente:

D^a.MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ

Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a veintidos de septiembre de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Telefónica S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Juan Antonio García San Miguel y Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2000, siendo Codemandada Retevisión S.A. y la cuantía del presente recurso 8.414.169,46 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Telefónica S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Juan Antonio García San Miguel y Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2000, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte

recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente la codemandada.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de septiembre de dos mil tres.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2000, por la que se declara ser constitutiva de infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, la conducta imputada a la recurrente y que a continuación describiremos.

Efectivamente, en esencia los hechos que resultan probados, no discutidos por las partes y que constituyen la base fáctica del presente recurso, son los que siguen:

1.- El 5 de febrero de 1998 telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una oferta de productos denominada los Planes Claros, que comprendían distintos productos. La campaña concluyó el 5 de marzo de 1998.

2.- A la fecha en que se realizan las operaciones de publicidad, los productos no habían sido autorizados, no siéndolo, posteriormente, alguno de ellos. La mayor parte del coste destinado a la campaña de publicidad lo fue en relación con los planes no aprobados.

3.- Dadas las dimensiones del amplio despliegue publicitario de la campaña comercial, se recibieron un enorme número de llamadas de potenciales clientes, lo que indica el impacto en el mercado de dicha publicidad en un momento en que el mismo se está abriendo a otros competidores desde una situación de monopolio.

SEGUNDO: La controversia que se nos presenta debe resolverse partiendo de las siguientes normas jurídicas:

A) El artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional...", a continuación el precepto enumera a modo orientativo -, algunas conductas que pueden ser constitutivas de abuso de posición de dominio, pero cualquier otra que sea subsumible en el tipo del apartado primero antes transcrito es constitutiva de infracción.

Del precepto citado resulta que los elementos definidores del tipo lo son: 1.- situación de posición de dominio en todo o parte del territorio nacional, y 2.- explotación abusiva de dicha posición.

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". En su párrafo segundo el citado precepto establece criterios de graduación de las sanciones atendiendo a la importancia de la infracción.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La posición de dominio y el abuso de la misma determinan la concurrencia del tipo siempre que afecte a la libre competencia pues la Ley determina ser éste el interés público que tutela sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos jurídicos de defensa en caso de abuso de posición de dominio en supuestos en que no se afecta el interés público -. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Del segundo de los preceptos citados resulta, de un lado, que la conducta prohibida puede ser

realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido mediante la explotación de la posición de dominio, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto o la explotación de tal posición, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La reforma operada por *Ley 52/1999* no afecta en nada la regulación contenida en el precepto citado en lo que ahora interesa, pues los elementos contenidos en la anterior regulación para determinar el abuso de posición de dominio en los términos antes recogidos, se mantiene igualmente en la citada Ley.

Tampoco afecta la citada reforma al *artículo 10*, pues aún cuando se añaden dos números, no se alteran los antes transcritos que son los de aplicación - tampoco se incide en aspectos relevantes a este recurso en la posterior reforma -.

TERCERO: Partiendo de la regulación legal antes expuesta, hemos de examinar los hechos descritos anteriormente.

El TDC en su resolución, en esencia, viene a desarrollar el siguiente hilo argumental: la campaña de publicidad se inicia con anterioridad a su autorización, de manera masiva y en un momento en el que se desarrolla un proceso de liberalización de un mercado antes monopolístico, siendo necesario el uso de infraestructuras de la recurrente por operadores que tratan de acceder a ese mercado.

CUARTO: Examinaremos ahora, y sobre la base fáctica y jurídica expuesta, la concurrencia de infracción administrativa.

En relación con prácticas abusivas definidas en el *artículo 6 de la Ley 16/1989*, hemos de centrarnos en tres aspectos: 1) la posición de dominio y abuso de ésta, 2) la tendencia objetiva de la conducta, y 3) la aptitud para restringir, falsear o eliminar la libre competencia.

1) La posición de dominio de la recurrente que no se discute -, es obvia al tiempo de ocurrir los hechos si atendemos a su anterior posición monopolística en el mercado y al proceso de liberalización del mismo. Por otra parte, tampoco es discutido que la codemandada debía utilizar las infraestructuras de la hoy recurrente para prestar el servicio que nos ocupa.

2) Atendiendo a los hechos antes descritos, es evidente la existencia de una conducta que objetivamente tiende a restringir la libre competencia mediante la obstaculización del acceso al mercado de nuevos competidores: resulta claro que lanzar una campaña de gran impacto -, para captar clientes por una compañía hasta el momento monopolística y cuando se está liberalizando el mercado, tiende de una manera objetiva y directa a obstaculizar el acceso de los nuevos competidores. Si a ello aunamos que la campaña no se encontraba autorizada y no lo fueron determinados productos -, hemos de concluir que la actuación es objetivamente abusiva.

3) La aptitud para falsear la libre competencia deriva, de la posición de dominio en el mercado de la recurrente, así como de la necesidad establecida legalmente de abrir el mercado a otros competidores.

La cuestión estriba en determinar, según afirma la recurrente, si efectivamente existió un comportamiento legítimo al desarrollar la campaña de publicidad pues se había solicitado autorización para los planes publicitados. Tal autorización no había sido concedida al tiempo de realizar la campaña de publicidad esto es algo admitido por todas las partes -, y, posteriormente no se concedió respecto de determinados productos cuyo coste en publicidad excedió notablemente de los autorizados. No pudo admitirse por ello una actuación ajustada a Derecho por parte de la recurrente en base a una expectativa legítima a obtener la autorización por el simple hecho de solicitarla, pues tal solicitud no presupone obligación de autorización por parte de la Administración como efectivamente ocurrió al denegarla respecto de determinados productos -, y ello es algo que debía serle conocido a la actora tenía la obligación jurídica de saber que en tanto la autorización no fuese concedida la misma no tenía eficacia jurídica -. Se realizó pues una publicidad encaminada a obtener clientes ofertado unos productos aún no autorizados, y, que algunos no lo fueron posteriormente.

QUINTO: De todo lo expuesto resulta que la actora realizó una conducta, consistente en dar

publicidad a unos productos no autorizados, con aptitud suficiente para incidir en el acceso al mercado de nuevos competidores dada la magnitud de la campaña y las expectativas que creó en la clientela potencial -. Tal conducta se realizó desde una posición de dominio y en un momento en proceso de liberalización del mercado, es evidente que es subsumible en el tipo del *artículo 6 de la LDC* . Por otra parte, la recurrente tenía obligación jurídica de conocer, tanto la posibilidad de que los planes no fuesen aprobados, así como la posible incidencia de una campaña de este tipo sobre las posibilidades de acceso al mercado de otros competidores en un momento de liberalización de éste.

En cuanto a los defectos formales alegados por la actora, se encuentran correctamente respondidos en la Resolución impugnada se dio posibilidad de asistencia letrada en la inspección realizada por el servicio -, las cuestiones relativas a la situación deficitaria de la prestación del servicio universal tiene sus propios mecanismos de corrección en las Leyes de aplicación, y las interpretaciones sostenidas por la actora en relación al *artículo 33 de la LDC* según la cual el servicio de inspección no podía solicitar explicaciones durante las actuaciones inspectoras, carece de fundamento, pues la norma no lo prohíbe y es un mecanismo ordinario de investigación admitido por el ordenamiento jurídico.

Por último, en relación con el escrito de la CMT de 30 de abril de 1998 que aporta la recurrente -, correctamente afirma el Sr. Abogado del Estado, que nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa, aportando por su parte, como documento 1 unido al escrito de contestación a la demanda, la Resolución de la CMT de 3 de marzo de 1998 relativa a los planes claros, en la que se afirma que los mismos podían suponer una barrera de acceso al mercado para otros competidores.

SEXTO: Resta analizar la cuestión relativa a la proporcionalidad de la sanción impuesta. Se impuso la sanción atendiendo a la posibilidad de incrementarla hasta el 10% del volumen de ventas, y excediendo por tanto de la suma de 901.518,16 euros prevista en el *artículo 10 de la LDC* . En la graduación se atendió como se expresa en la propia Resolución impugnada -, a la gravedad del tipo infractor, la gran cantidad de llamadas de clientes y a la sanción de otras conductas previas. Ahora bien. Esta Sala ha señalado que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita. Por ello ha de atenderse a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción. En cuanto al número de llamadas esto es, el impacto real de la campaña publicitaria en el mercado -, es criterio correcto para graduar la sanción, pues pone de manifiesto el impacto de la conducta infractora en el mercado de referencia. Pero tampoco puede ser considerado criterio de graduación las sanciones previamente impuestas mientras estas no sean firmes, pues aunque suponen una apariencia de comportamiento infractor reiterado, la reiteración no queda establecida en tanto no sean firmes las sanciones.

Así las cosas, y atendiendo, por una parte, al impacto de la campaña en el mercado manifestada en el gran número de llamadas de clientes -, al momento económico de apertura de un mercado monopolístico que hace especialmente dañoso potencialmente comportamientos como el descrito; y de otra, a la limitación de la campaña publicitaria en el tiempo y a la falta de acreditación de intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia, corresponde imponer la sanción en el grado máximo de la prevista sin el incremento señalado en el *artículo 10 de la LDC* .

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa* .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido Telefónica S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Juan Antonio García San Miguel y Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2000, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la graduación de la sanción impuesta, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en el citado aspecto, declarando proceder imponer la sanción en la suma de 901.518,16 euros, confirmando la Resolución impugnada en sus demás pronunciamientos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985* , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.