

Roj: SAN 865/2003
Id Cendoj: 28079230062003100199
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 571/2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dos de julio de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/571/01, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA, en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA,S.A., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, siendo codemandado DISTRIBUCIONES MOB,S.A. contra Resolución del T.D.C. de 24 de Abril de 2001, imponiendo una sanción, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 18 de Mayo de 2001, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 4 de Junio de 2001, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 27 de Septiembre de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 20 de Febrero de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso. En iguales términos se pronunció el codemandado.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 5 de Abril de 2002, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental y Testifical practicadas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 1 de Julio de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Pleno del T.D.C. de 24 de Abril de 2001, recaída en el expediente 489/00 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, 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 que, por Resolución de 23 de Diciembre de 1.997 estimó el recurso e interesó la apertura de expediente por el Servicio, al que instó para que investigara, además, si la práctica de la actora de subvencionar terminales constituía una práctica anticompetitiva.

En la Resolución impugnada el T.D.C. considera en esencia hechos probados:

- Que la recurrente era en 1.997 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. Según la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el mercado de móviles creció desde 121.000 millones de pesetas en 1.995 a un total de 669.000 millones de pesetas en 1.998. Las cuotas de mercado de TSM descendieron, en este periodo, desde el 99% en 1.996 al 70% en 1.998.

- MOB formaba parte de un grupo dirigido por D. Eugenio , al que también pertenecen Cedral Line, S.L., distribuidor de TSM y otros agentes comerciales de ambas como Autoradio Llompart.

Según el denunciante sólo MOB y Autoradio Llompart tenían una política comercial uniforme, mientras que Cedral Line estaba 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 Radiphone, perteneciente a Ataxa Group.

- Con fecha 29 de Septiembre de 1.995 MOB suscribió con TSM dos contratos de distribución en exclusiva, referidos al servicio MoviStar (modalidad GSM, digital) y otro al servicio Moviline (modalidad analógica).

- Con fecha 14 de Febrero de 1.997 TSM, mediante escrito de su Dirección General Comercial, comunicó a diversos 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:

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

El 20 de Mayo de 1.997 la Dirección General de Marketing y Ventas de TSM remite un nuevo fax 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)"

- El 2 de Junio de 1.997 el DIRECCION000 de Marketing y Ventas de TSM dirige a D. Lorenzo de Ataxa Group,S.A. carta, en la que entre otros particulares se recoge:

" 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, viene ocurriendo con el Mercado de Móviles, sobre todo en lo referente a exportación ilegítima de terminales.

El proposito 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. Eugenio (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."

- El 17 de Junio el Sr. Lorenzo de Ataxa Group, S.A. contesta a TSM señalando entre otros aspectos:

"La totalidad de socios ha decidido suspender "sine die" la relación comercial con el socio de la compañía Sr. Eugenio 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 Anónima. . . . "

Con base en estos hechos el T.D.C. en la Resolución impugnada resuelve:

" Primero.- Declarar acreditada la realización por parte de Telefónica Servicios Móviles, S.A. conductas de abuso de posición dominante, prohibidas por el Art. 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la elaboración de las listas negras imponiendo sin justificación a diversas empresas mayoritas 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 cien millones de pesetas.

Tercero.- Intimar a Telefónica Servicios Móviles, S.A.a que se abstengan 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"

SEGUNDO.- La actora considera que lo que se denomina "inclusión en una lista negra" fue una conducta de autodefensa, al comprobar que MOB estaba sacando terminales al extranjero y había defraudado a Telefónica Móviles directamente la cifra de 253.931.800 pesetas. Acepta que aún cuando tuviera posición de dominio, ello no implica que tuviera que hacer llegar incondicionalmente a todos los

distribuidores la subvención de los terminales dirigida a suministro, pues la negativa de suministro sólo constituye abuso de posición de dominio si afecta a la competencia en el mercado y no está justificada.

La recurrente entiende que, con la "lista negra" no actuó desde un punto de vista de mercado, sino de autodefensa ante un delito, al haber actuado MOB, según Informe de la Guardia Civil, en el mercado negro.

TERCERO.- Queda documentalmente acreditado que, la actora presentó ante el Juzgado de Instrucción nº 8 de Palma querrela criminal, entre otros contra la codemandada Distribuciones MOB,S.A.. Esta era obviamente la conducta que debía seguirse si se reputaba un hecho constitutivo de delito y al juez instructor incumbía en su caso y no a la recurrente por la vía de hecho, adoptar las medidas oportunas para impedir aquél supuesto delito y proteger los posibles derechos vulnerados de Telefónica Móviles España, S.A., resultando planteamientos inadmisibles en el ámbito de nuestro Ordenamiento jurídico, los que hacen referencia a supuestas "autodefensas".

No negada por la actora su posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil digital y no negados tampoco los hechos que se estiman probados respecto a los faxes y cartas, actualizando una "lista negra", que efectivamente tuvo una amplia difusión y recepción entre los mayoristas de terminales, que además fueron receptivos a la misma, como lo demuestra la carta antes transcrita del Grupo Ataxa, debe concluirse asumiendo las consideraciones del T.D.C. cuando señala que las presiones expuestas de TSM, prevaleciendo de su posición dominante y sin adoptar las medidas legales que estaban a su alcance, constituyen una respuesta desproporcionada y no objetivamente necesaria a la acción de un operador del mercado que afectan también al resto de los operadores al imponerles decisiones que de otra forma no hubieran adoptado. Además la recurrente extendió 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.

Ciertamente, al proceder por vía de hecho como lo hizo, excluyó a un operador en el mercado de distribución, ciertamente menor y extendió su poder de dominio.

Por todo ello debe confirmarse la resolución impugnada, asumiendo la consideración que en ella se hace respecto a la reiteración de infracción del Art. 6 de la L.D.C..Esta propia Sección en Sentencia de 3 de Febrero de 2003, ha confirmado la multa de 610 millones que se impuso a T.S.M. por dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL, S.A.

Debe por todo lo expuesto desestimarse el recurso interpuesto.

CUARTO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA en nombre y representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. contra Resolución del T.D.C. de 24 de Abril de 2001, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.