

**AC 2005\140**

**Sentencia Audiencia Provincial Barcelona núm. 58/2005 (Sección 15ª), de 9 febrero**

**Jurisdicción: Civil**

**Recurso de Apelación núm. 477/2003.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Lluís Forgas Folch.

Texto:

En la ciudad de Barcelona, a nueve de febrero de dos mil cinco.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 354/2002 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Treinta y cinco de los de Barcelona a demanda de Telefónica de España, SA, contra Auna Operadores de Telecomunicaciones, SA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante citada contra la Sentencia de veintiocho de abril de dos mil tres dictada por dicho Juzgado.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El tener de la resolución apelada es el siguiente: Que desestimando la demanda interpuesta por Telefónica de España SAU se absuelve a la mercantil Auna de Telecomunicaciones SA de las pretensiones planteadas de contrario, cada parte asume sus costas y las comunes por mitad.

SEGUNDO Comparecieron en esta alzada, en calidad de parte apelante, la referida parte demandante representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Manjarín Albert y asistida de Letrado. En calidad de parte apelada, la mencionada parte demandada que compareció representada por el Procurador de los Tribunales D. Isidro Marín Navarro y asistida por Letrado.

Para votación y fallo del recurso se señaló la audiencia de veintidós de noviembre de dos mil cuatro, con el resultado que obra en la precedente diligencia de expedida por el Sr. Secretario de esta Sala.

Es ponente de la Sentencia el Ilustrísimo señor Magistrado D. Jordi-Lluís Forgas Folch.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La Sentencia de primera instancia que desestimó de forma íntegra la demanda deducida por Telefónica de España, SAU, contra Auna Operadores de Telecomunicaciones, SA, es recurrida en esta alzada por la primera de las litigantes citada interesando en su impugnación la revocación íntegra de aquélla. En el escrito rector de las presentes actuaciones, la actora pretende la declaración de deslealtad de las conductas imputadas a la demandada sobre la base de lo prevenido en los artículos 5, 6, 7, 12 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero ( RCL 1991, 71) , de Competencia Desleal y la condena de la misma a

prohibirle toda práctica de preasignación idéntica o similar a las descritas en su demanda, a realizar todas las actuaciones que resulten necesarias para despreasignar a los clientes que preasignó con las prácticas desleales y a la publicación, a costa de la demandada, de la sentencia estimatoria que en día se dictare.

SEGUNDO Son hechos que interesan al debate los siguientes: Telefónica de España, SAU, desarrolla su actividad en el mercado de los servicios de telecomunicaciones en España, como igualmente lo hace la demandada Auna Operadores de Telecomunicaciones, SA (anteriormente denominada Retevisión, SA). Dentro de ese marco debe definirse la preasignación telefónica (en ese caso en el ámbito de la telefonía fija) como aquel acto que permite a un abonado elegir un operador diferente del que provee el acceso sin necesidad de marcar previamente el código de selección que le identifica (lo que se denomina acceso indirecto). Por ello, ese mecanismo en España supone (dado el statu quo patrio en aquel ámbito de las telecomunicaciones) que si un abonado interesa que sus llamadas telefónicas se cursen a través de un operador distinto sin necesidad de marcar ningún código previo debe manifestarlo así al operador deseado para que a su vez éste lo comunique a Telefónica y esta última preasigne a éste con el nuevo operador.

En la demanda se relacionan una serie de conductas de la demandada cuyo denominador común es la de obtener la preasignación sin contar con el previo consentimiento del cliente. Aquellas conductas denunciadas tienen una estructura que se imputa como constitutiva de engaño, fraude e incluso falsedad documental pero siempre bajo el prisma de ese denominador común. Esas denuncias de los clientes de la actora conforman los documentos números 2 a 56 de los adjuntados a la demanda y abarcan, territorialmente, en gran medida casi todo el espacio geográfico nacional. La demandada no negó aquéllos y la Sentencia de primera instancia los tuvo por probados.

TERCERO Sobre la base de esa relación fáctica la actora dedujo, como hemos dicho, en apoyo de sus referidas pretensiones la vulneración de los artículos 5, 6, 7, 12 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero ( RCL 1991, 71) , de Competencia Desleal. La Sentencia de primer grado desestimó las mismas entendiendo que el denunciado comportamiento contrario a las mínimas normas de la contratación en un número reducido de operaciones objetivamente no parece idóneo para afectar o haber afectado al mercado (mercado relevante que la misma considera no equilibrado al constatarse: (i) una previa situación de monopolio consolidado por la demandante, (ii) que, aunque haya desaparecido formalmente esa situación de monopolio, la situación de dominio de la demandante sigue siendo especialmente acentuada y que (iii) ha habido por parte de los organismos que controlan el mencionado mercado resoluciones declarando el abuso de la posición dominante por parte de la actora y de falseamiento de la libre competencia), que, dadas las circunstancias concurrentes, los mismos no han tenido una incidencia real y efectiva en el mercado, que, aun cuando los actos denunciados individualmente pudieran tener la consideración de ser tributarios de las tipificaciones normativa alegadas, sin embargo de una valoración global de las mismas no pueden entenderse como desleales a causa de esa mínima

incidencia y que, también ha de tenerse en debida consideración el hecho que la demandada restableciera en algunos de los casos denunciados, la preasignación obtenida.

CUARTO Debe señalarse, en primer lugar, que el encuadre preciso para la aplicación de la Ley 3/1991 ( RCL 1991, 71 ) , de Competencia Desleal pasa por la determinación de las conductas genéricas que deben estar sometidas a la tutela. Y para ello la propia Exposición de Motivos de la referida Ley ya adelantaba la introducción de un cambio radical en la concepción tradicional de su ámbito al abarcar desde esa referencia normativa no sólo resolver los conflictos entre competidores para convertirse, además, en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado.

En este sentido el artículo 1 de la Ley ya viene a determinar su objeto de protección y éste no es otro que la tutela de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y de ahí que establezca una prohibición de los actos que constituyan la competencia desleal. Tal finalidad se exterioriza abarcando la tutela del interés tanto a los empresarios, como a los competidores como al Estado en cuanto garante, en última instancia de ese interés público.

De esa conjunción no puede sostenerse, ni, en modo alguno, deducirse, la idea como se alega en la Sentencia de primer grado que, al no resultar los actos denunciados de la relevancia oportuna para afectar al interés general, debe determinar la inaplicación de la norma denunciada. Aunque ello así fuere (que no lo es) debe recordarse que, en su caso, tal modo de razonar dejaría sin la protección debida en aquélla a situaciones (con frecuencia, las más cotidianamente litigiosas en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal) como la de autos en la que convergen los intereses de operadores del mercado. Esa protección, sin duda, no ha sido ni derogada ni pretendida por la norma como se deduce paladinamente de la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

QUINTO Debe remarcarse en ese sentido que una hipotética remisión material a la Ley de Defensa de la Competencia ( RCL 1989, 1591 ) , cuyo ámbito ya aparece deslindado en su Exposición de Motivos como aquel más orientado a garantizar la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía frente a todo ataque contrario al interés público, no implica que, entre la Ley de Competencia Desleal ( RCL 1991, 71 ) y la Ley de Defensa de la Competencia, se produzca un concurso material de acciones ya que ni los actos ilícitos, ni sus respectivos presupuestos, ni las sanciones previstas son las mismas, ni, en fin, estas últimas son incompatibles entre sí. La primera tiende a garantizar el orden económico constitucional a través de la salvaguarda de una competencia suficiente y de su tutela frente a todo ataque contrario al interés público, de lo que se deriva la posibilidad de un inexorable ámbito de interconexión entre ambas normas, como sucede en la integración de ciertas conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia por actos de competencia desleal o, diversamente, actos de competencia desleal como supuestos de una conducta prohibida por la normativa de defensa de la competencia.

SEXTO Lo anterior además ha de oponerse en relación con la legitimación establecida en los artículos 19 y 20 de la Ley ( RCL 1991, 71) . La actora ostenta la misma al ser partícipe en el mercado cuyos intereses pueden haber resultado directamente perjudicados o amenazados y las conductas imputadas a la demandada se incardinan dentro de los parámetros que se establecen en el artículo 20 de la norma pues si no la condición de agente principal en los mismos si cuando menos puede establecerse la de su cooperación en su realización y de la ser tributaria de los beneficios que con aquéllas podrían haberse deducido. La circunstancia de que los actos objeto de imputación fueran llevados a cabo por sus empresas subcontratadas no empece lo anterior habida cuenta que éstas operaban por cuenta de la demandada por lo que no la deslegitima pasivamente.

SÉPTIMO Ha de señalarse que el comportamiento relevante, a aquellos efectos, tanto abarca la conducta positiva como la omisiva y que la expresión legal de que aquélla se realice en el mercado, viene referida a todas aquellas actividades, no sólo científicas, es decir, en sentido plenamente amplio. Esa actividad debe realizarse, eso sí, con trascendencia externa habida cuenta que, en caso contrario, no tendría dentro del ámbito objetivo de la norma. También ha de poseer la actividad una finalidad concurrencial, que complementa aquel requisito, y que se evidencia ésta (en un plano objetivo) al poner de manifiesto la influencia de una conducta determinada en la estructura del mercado o en la posición competitiva de los operadores del mismo.

Las litigantes cumplen, no sólo esos requisitos que determina el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal ( RCL 1991, 71) , sino también, los subjetivos que precisa el artículo 3 de la citada norma legal.

Respecto a los primeros se han llevado a cabo en el mercado y se han manifestado externamente con ineludibles fines concurrenciales por cuanto se han revelado del todo idóneos para promover las prestaciones propias de la demandada (la estructura de los actos imputados a la demandada así lo delata: los abonados a la actora que, sin haber prestado su expreso consentimiento, se enteraban, con posterioridad, del efectivo cambio de operador telefónico). Esa idoneidad resulta objetivizada cuando se constata que aquéllos van unívoca y directamente, encaminados a la obtención de nuevos clientes que antes lo eran de la otra operadora.

Respecto a lo segundo, no resulta duda alguna de la incardinación de ambas litigantes dentro del concepto que propugna en el apartado primero del artículo 3 de la Ley de Competencia Desleal.

En definitiva todo lo anterior lleva a tener que rechazar la argumentación vertida en la Sentencia de primer grado que fundamentó la desestimación de la demanda por lo que debe de procederse al análisis de los diferentes tipos concurrenciales imputados a la demandada.

OCTAVO De entre los preceptos que en el escrito de demanda se vienen a identificar los hechos denunciados en la misma, destaca por su relevancia en las presentes actuaciones, la invocación del artículo 15 de la Ley de

Competencia Desleal ( RCL 1991, 71) . El citado artículo en sus dos párrafos (dado que el tercero introducido por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre [ RCL 2003, 2711] , no resulta de interés al ámbito de las presentes actuaciones), trata de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de provecho logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere causa una desventaja a quienes cumplen ( par conditio concurrentium), ya por que al margen de que se obtenga aquélla, los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el mercado.

No es función del artículo completar o reproducir sanciones ya resultantes según las normas violadas, sino, en coherencia con la finalidad de la Ley, contribuir a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1), como instrumento que aspira a ser de ordenación y control de las conductas del mismo (preámbulo). En su párrafo segundo el artículo 15 tipifica como desleal la infracción de normas.

De acuerdo con la literalidad del precepto es el contenido de la norma lo que convierte su incumplimiento en desleal, sin necesidad de que concurran los demás requisitos que reclama el tipo del párrafo primero.

NOVENO Alguna doctrina exige, para que sea aplicable dicho precepto, que la infracción de la norma resulte idónea para modificar sustancialmente la posición competitiva del infractor.

Mas como dijimos en la sentencia de 26 de enero de 2000 ( AC 2000, 688) , esa exigencia no constituye un requisito autónomo, sino que resulta directamente de la propia infracción o, si se quiere, del contenido del precepto violentado: al regular directamente el mercado, su infracción repercute en el mismo.

En este sentido el artículo 15.2 ( RCL 1991, 71) no busca tanto reforzar o proteger el cumplimiento de la Ley, sino que la infracción de una norma no altere o falsee el funcionamiento del mercado, cuando dicha infracción afecta de forma positiva a la posición competitiva del infractor y, por ello, la función de la norma es la de constituir un reproche de deslealtad que impide a los competidores prevalerse de una actuación indebida.

El citado precepto no persigue la declaración de la ilicitud de la conducta sino tan sólo que la misma es desleal, por ello se configura como norma garante de la transparencia del mercado. A diferencia del apartado primero, el comportamiento contemplado en el segundo párrafo ya es, de suyo, una práctica anticompetitiva y no precisa de otra circunstancia añadida que la efectiva constatación de la infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la competencia.

DÉCIMO La actora vinculó la imputada infracción de normas a lo establecido en la regulación sectorial de las telecomunicaciones y a los artículos 1266 a

1270 del Código Civil ( LEG 1889, 27) . Respecto a lo primero, la Ley 11/1998, de 24 de abril ( RCL 1998, 1056, 1694) , General de Telecomunicaciones ha venido a establecer, con la finalidad de promover y garantizar entre los operadores del sector de las debidas condiciones de competencia y respeto al principio igualdad de oportunidades, una serie de reglas por las que se han de regir la interconexión de las redes de los diferentes operadores, en cuyo desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio ( RCL 1998, 1901, 2541) (artículo 19.2) y, expresamente, por la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (art. 3), se ha venido a especificar que el cambio de operador por preselección se iniciará previo consentimiento escrito del abonado. Resulta acreditado en las presentes actuaciones la infracción paladina de esas normas habida cuenta de la ausencia de consentimiento de los abonados en las preasignaciones denunciadas lo que debe conducir a la aplicación del precepto en su segundo párrafo y por lo tanto declarar desleal las conductas imputadas a la demandada a que se han hecho referencia (y que reciben por la doctrina la denominación común de prácticas de slamming) por vulneración de tal precepto. La plena incardinación en el precepto del supuesto de hecho acreditado releva a la Sala del análisis de la concurrencia tanto de los demás artículos denunciados como de la infracción de los artículos del Código Civil alegados por la actora.

Por último procede, respecto a las acciones ejercitadas por la actora al amparo de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de marzo ( RCL 1991, 71) , declarar la deslealtad de las conductas imputadas a la demandada dada la persistencia de perturbación creada al cese de dichas acciones, a la remoción de los efectos producidos por las mismas, así como a la publicación del Fallo de la presente Sentencia en dos periódicos de alcance nacional al haberse constatado un grado de culpa suficiente en la conducta imputada a la demandada para ser tributaria la actora de dicho resarcimiento.

UNDÉCIMO Sobre las costas de esta alzada no formulamos condena de clase alguna. Las costas devengadas en la primera instancia, al desestimarse sustancialmente la demanda, condenamos a la demandada a su abono.

FALLAMOS

ESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por Telefónica de España, SAU, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Treinta y cinco de los de Barcelona cuya parte dispositiva ha sido descrita en el antecedente de hecho primero y, REVOCÁNDOLA, la dejamos sin efecto estimando en integridad la demanda deducida por la parte apelante contra Auna Operadores de Telecomunicaciones, SA, y declarando desleal las conductas que se han referido la condenamos a cesar de inmediato y en el futuro de toda práctica de preasignación idéntica o similar a las descritas en la presente, a la remoción de las conductas llevadas a cabo y a publicar, a su costa, el Fallo de la presente sentencia en dos periódicos de alcance nacional que elija la parte actora todo ello con condena de las costas devengadas en la primera instancia a la demandada y sin formular pronunciamiento alguno sobre las devengadas en esta alzada.

Una vez firme la presente resolución, remítanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia, con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública, doy fe.