



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en el Consejo nº 24/02 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 4 de julio 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO POR UNA SOLICITUD PRESENTADA POR LAS ENTIDADES “RETEVISIÓN I S.A.U.”, “LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.” Y “JAZZ TELECOM, S.A.” RELATIVA A LAS SUPUESTAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS REALIZADAS POR LA ENTIDAD “TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.” EN LA CAMPAÑA PUBLICITARIA “HOGAR DULCE HOGAR”.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 2 de abril de 2002, tuvo entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por José Manuel de Carlos Bertrán, Carmen Mateas Moreno y José J. López-Tafall Bascuñana, en nombre y representación de JAZZTELECOM, S.A. (en adelante, JAZZTEL), LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (en adelante LINCE) y RETEVISIÓN I, S.A.U. (en adelante RETEVISIÓN) respectivamente, por el que se denuncia a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) por supuestas prácticas anticompetitivas e incumplimiento de la normativa sectorial en su campaña publicitaria “Hogar dulce Hogar”.

Los denunciantes ponen de manifiesto la confección y envío por parte del departamento de marketing de TELEFÓNICA de un mailing publicitario dirigido a los clientes que se encuentran preseleccionados con otros operadores.

Junto con diversas alegaciones que a las que se hará referencia más adelante, con la denuncia se adjunta información acerca de la campaña publicitaria en cuestión. Ésta consiste en la siguiente documentación:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Una **carta** en la que TELEFÓNICA, ante la recepción “*hace escasas fechas*” de la solicitud para la preasignación de su número de teléfono a otro operador, informa a estos usuarios sobre el trabajo que está realizando para ofrecerle los mejores servicios, así como de la amplia gama de planes de descuento que ofrece a sus clientes que les permite a estos beneficiarse de un importante ahorro en sus llamadas.

De igual forma, de cara a comprobar la posibilidad de dicho ahorro con TELEFÓNICA, la carta hace referencia a un folleto anexo conteniendo publicidad de una selección de sus ofertas comerciales.

También se adjunta una solicitud de inhabilitación de preasignación que los usuarios sólo tendrán que firmar y remitir por correo para poder utilizar de nuevo a TELEFÓNICA como su operador por defecto en ausencia de marcación de código de selección de operador para sus llamadas, pudiendo el cliente elegir entre realizar todas sus llamadas con TELEFÓNICA o únicamente las llamadas locales.

En este sentido, si el usuario elige realizar de forma automática con TELEFÓNICA sólo sus llamadas locales, se recuerda al cliente que siempre puede realizar otro tipo de llamadas con este operador y beneficiarse de todas sus ofertas y planes de descuento marcando previamente en cada llamada el prefijo 1077.

Tras enviar un cordial saludo, firma la carta el Director General de Marketing de la compañía, el Sr. Jesús Figueroa.

- Un **folleto** en el que se informa sobre “*lo último en líneas telefónicas, modernos terminales, la más amplia gama de productos, Identificación de llamadas, Servicio Contestador y de Mantenimiento, y todo con unas interesantes fórmulas de ahorro para hablar más y pagar menos.*”
- Un formulario de **solicitud** de inhabilitación de la preasignación o exclusión de llamadas metropolitanas, conteniendo los datos personales del cliente al que va dirigida y a falta de la correspondiente firma del usuario.

Con base en esta campaña, los denunciantes realizan una serie de alegaciones, entre las cuales conviene destacar los siguientes extremos:

- Dos aspectos básicos a tener en cuenta son que en todo el proceso de preselección, como se deduce de la Circular 1/2001 de 21 de junio, de esta Comisión, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas (en adelante Circular 1/2001), la actuación del operador de acceso (TELEFÓNICA) es clave en el funcionamiento eficaz de la herramienta, así como que el operador de acceso, TELEFÓNICA, ostenta en el mercado español de telefonía fija una posición de dominio que se extiende más allá de la correspondiente al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado de acceso, incluyendo el mercado de servicios de telefonía fija, además de haber sido el único proveedor de servicios de telefonía durante más de 70 años.

- La campaña tiene como objetivo recuperar, utilizando métodos falaces y engañosos, a los clientes preseleccionados con terceros operadores, cuando debería ser escrupulosamente veraz y neutral. TELEFÓNICA mentiría en sus cartas al indicar a estos clientes que *"hace escasas fechas"* que han cursado una solicitud suya de preselección con terceros operadores. Esto no sería cierto, al estar esos usuarios preseleccionados por un periodo superior al que se considera "escaso", lo cual es sabido por TELEFÓNICA que estaría así prevaliéndose de su posición de eje imprescindible en todo proceso de preselección.

Abundando más en la materia, alegan los denunciantes que si TELEFÓNICA realizara prácticas de recuperación de abonado antes del transcurso del plazo de dos meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección (lo cual podría entenderse como escasas fechas) se estaría incumpliendo el artículo quinto.5 de la Circular 1/2002, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

- Como resultado de esta confusión provocada al usuario, se generarían de forma inducida llamadas al centro de atención comercial de TELEFÓNICA (1004) con el fin de aclarar los términos de esta denominada "reciente preselección", que a buen seguro el cliente no sería consciente de haber realizado en fechas cercanas. Así, estas llamadas al servicio de atención al cliente de TELEFÓNICA no se habrían probablemente producido de no mediar esa publicidad confusa.
- Por tanto, con esta campaña se genera deliberadamente confusión sobre la herramienta de preselección, así como acerca de la limpieza del proceso. Esta acción sería intencional, tal y como demostraría la perfección en los datos empleados para la confección del mailing individualizado de la solicitud de inhabilitación, la cual no se correspondería con el hecho de una omisión casual en la consignación en el texto de la carta de la fecha de envío de la misma. De igual forma, tampoco podría considerarse un "error involuntario" la mención de *"hace escasas fechas"* referida a clientes preseleccionados como mínimo tres meses antes de la recepción de la citada misiva publicitaria. Por consiguiente, conforme al artículo 4 de la Ley General de Publicidad puede considerarse que esta práctica publicitaria "induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo [...] perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor", por lo que podría tildarse de publicidad engañosa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La vulneración de la normativa sectorial en un mercado como el de las telecomunicaciones es muy difícil que se plantee en términos tan claros que no haga falta ni discutirlos; al contrario, las herramientas para dificultar la implantación de la competencia adoptan múltiples formas, y es en los procesos más sensibles y masivos donde la vigilancia y el rigor han de ser máximos. Ambos elementos se conjugarían así conduciendo a la paralización de esta campaña, que afecta a una herramienta sensible (preselección) con un envío masivo (cartas a clientes preseleccionados con terceros operadores).
- Los denunciantes alegan que estos hechos suponen una posible vulneración de la Circular de esta Comisión 1/1998, de 30 de julio, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio (en adelante Circular 1/1998). Así, los denunciantes consideran que la campaña publicitaria constituye una enorme barrera de entrada al mercado para los nuevos operadores, además de reforzar la fidelidad de sus clientes induciéndoles a pensar que si están preseleccionados con otro operador no podrán disfrutar de un gran número de servicios ofrecidos por TELEFÓNICA, los cuales se publicitan en una serie de folletos que se adjuntan a la carta enviada a los usuarios.

Abundando más en la materia, los solicitantes consideran que el mailing está específicamente encaminado a clientes preseleccionados con otros operadores, lo cual se deduce al encontrarse esta condición expresamente citada en el encabezamiento de la carta dirigida al usuario. En el caso de que se produjera la recuperación de estos clientes preasignados, los denunciantes consideran prácticamente imposible que ese cliente se vuelva a preasignar con otro operador.

- Los denunciantes encuentran un posible incumplimiento del apartado quinto de la Circular 1/2001, en el que se establece que *“la información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preasignación, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. No podrá por tanto ser utilizada por departamentos distintos de los directamente involucrados en el proceso de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que esa información pueda utilizarse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.”*

Los denunciantes consideran que del tenor literal del mailing se deduce la utilización de esos datos para estos fines comerciales, lo que supondría un incumplimiento de la citada Circular.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En función de estas alegaciones, los solicitantes requieren la adopción de medidas cautelares consistentes en:

- la paralización inmediata de la campaña de referencia por parte de TELEFÓNICA.
- la petición de TELEFÓNICA de la relación de clientes de terceros operadores a los que ha remitido dicha campaña y la puesta a disposición de la misma a cada uno de los operadores afectados.
- la remisión por TELEFÓNICA a cada cliente afectado de una carta de rectificación, previamente aprobada por esa Comisión, que establezca los siguientes términos:
 - la petición de disculpas por la confusión que haya podido generar al no identificar en su escrito que no existía una solicitud de preasignación reciente, sino que la misma hacía referencia a la solicitud que ya se había cursado meses atrás.
 - que la carta respondía a una política de recuperación de clientes preseleccionados con terceros operadores y que lamentaba las molestias causadas por la misma;
 - que la carta de disculpas y acciones consiguientes se remite a instancias de la CMT, en el marco de la resolución de la denuncia interpuesta contra TELEFÓNICA por prácticas contra la competencia interpuesta por JAZZTEL, LINCE y RETEVISIÓN.
- Subsidiariamente, instar a TELEFÓNICA a que publique, a su costa, un anuncio en dos periódicos de tirada nacional, en el que se exprese claramente por parte de dicho operador la plena compatibilidad de la preasignación del servicio telefónico del usuario con operadores alternativos y la prestación de los restantes servicios del mismo, previa aprobación del texto por esa Comisión.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de abril de 2002, tuvo entrada en esta Comisión escrito de RETEVISIÓN aportando copia de los mailings y solicitudes de inhabilitación recibidos por cuatro clientes de este operador que se habían preseleccionado durante el período comprendido desde el 16 de marzo de 2000 hasta el 13 de febrero de 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Ante los hechos denunciados, y de conformidad con el artículo 69.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 11 de abril de 2002 se procedió a abrir un período de información previa con el fin de esclarecer adecuadamente el alcance de los hechos denunciados y de determinar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo, **esclareciendo la existencia de una posible actuación anticompetitiva en la campaña publicitaria** puesta en práctica por TELEFÓNICA.

CUARTO.- Por otra parte, con fecha 18 de abril de 2002 y mediante Resolución de esta Comisión, se procedió a la apertura de un **expediente sancionador contra la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, por presunto incumplimiento de las Circulares 1/1999, 1/2000 y 1/2001, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas (Exp. AJ 2002/6526).**

Este procedimiento se inició a raíz de la denuncia de constante referencia planteada en esta Comisión por las entidades RETEVISIÓN, JAZZTEL y LINCE. El objeto del citado expediente sancionador consiste en examinar la presunta utilización por parte de TELEFÓNICA de los datos correspondientes a los abonados preasignados para llevar a cabo prácticas dirigidas a la recuperación de clientes captados por otros operadores, prácticas que quedan expresamente prohibidas a tenor de lo establecido en las Circulares emitidas por esta Comisión en relación con la preselección de operador. En concreto, a este respecto, se dispone que los datos de los usuarios preseleccionados con otros operadores no podrán ser *“utilizados por departamentos distintos de los directamente involucrados en el proceso de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que esa información pueda utilizarse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.”*

QUINTO.- Por tanto, la denuncia planteada dio origen a la apertura de dos expedientes diferentes en esta Comisión: el primero de ellos, el expediente sancionador relativo a la utilización por parte de TELEFÓNICA de los datos de abonados preseleccionados al llevar a cabo la campaña publicitaria “Hogar, Dulce Hogar” (AJ 2002/6526). En segundo de ellos, el presente trámite de información previa, dirigido a examinar las presuntas prácticas anticompetitivas cometidas por TELEFÓNICA en esta misma campaña publicitaria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- En el marco del citado trámite de información previa, y acogiéndose tanto a su habilitación competencial como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre —el cual faculta a esta Comisión para: *“recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligados a suministrarla”*—, mediante escrito fechado el 22 de abril de 2002, esta Comisión procedió a solicitar de TELEFÓNICA la remisión de la siguiente información:

- Alcance de la campaña publicitaria de TELEFÓNICA “Hogar dulce hogar”:
- Abonados a los que se ha enviado, y a los que se prevé enviar.
- Fecha de preselección de todos y cada uno de estos abonados.
- Duración prevista de la campaña, fecha de inicio y fecha de fin prevista.
- Estructura de la campaña: envío en función de zonas geográficas, en función de antigüedad de los preseleccionados...

SÉPTIMO.- Mediante el escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 26 de abril de 2002, TELEFÓNICA procedió a formular las alegaciones siguientes:

- La campaña publicitaria objeto de este expediente resulta completamente compatible con la Circular 1/1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias. Esta afirmación se sustenta en las consideraciones siguientes:
 - La campaña no constituye un abuso contrario a la libre competencia, al no presentar una particular relevancia ni provocar un impacto sensible sobre los mercados afectados.
 - La campaña se ha realizado de acuerdo a las exigencias de la libre competencia y dentro de la libertad de empresa, no teniendo el objetivo de constituir una barrera de entrada de los nuevos operadores ni buscando su perjuicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La campaña no constituye un gasto publicitario excesivo, ya que la misma ha sido conformada por la remisión de un folleto publicitario acompañado de la correspondiente carta de presentación, y de ningún modo puede considerarse de proporciones de gasto desmedidas.
- No existe intencionalidad de reforzar la fidelidad de los clientes, ya que en el caso de clientes que se encuentran preasignados la contratación con otros operadores tiene un carácter anterior al inicio de la campaña.
- Inexistencia de publicidad engañosa por omisión, de acuerdo con los siguientes argumentos:
 - No existe omisión de dato esencial alguno en relación con los productos y servicios publicitados, por lo que no se puede inducir a error a los usuarios por esta causa.
 - En la misiva se exponen dos ideas distintas, no condicionadas la una a la otra: las ventajas económicas de cualquier usuario que curse tráfico telefónico con TELEFÓNICA y la mención a la posibilidad de la inhabilitación de los usuarios preasignados. Por lo tanto, de estas dos ideas diferentes no se puede deducir que solamente se podrán disfrutar de los servicios de esta entidad si previamente el usuario no está preasignado.
 - La inhabilitación de la preasignación no es requisito para el disfrute de los servicios de TELEFÓNICA, ya que estos se pueden prestar a través de selección llamada a llamada (marcando el 1077) como, de hecho, se advierte al usuario. Por tanto, no es una publicidad que lleve a engaño, esto es, que lleve al usuario a concluir que si no inhabilita la preselección no puede disfrutar de los servicios publicitados.
 - En cuanto a la expresión “...hace escasas fechas..”, TELEFÓNICA considera que no induce al usuario a confusión. La afirmación de que éste se dirigirá al número de teléfono de información de TELEFÓNICA (1004) para recibir información acerca de su situación de preselección y sobre la fecha de su preasignación constituye una mera deducción que no tiene por qué producirse en la práctica. Por otro lado, el adjetivo escasas, si bien literalmente significa “algo que no muy abundante”, permite ser generalizado a un grupo heterogéneo de clientes cuyas fechas de preasignación son muy distintas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En relación con la solicitud de adopción de medidas cautelares, TELEFÓNICA considera que no concurren los elementos necesarios que justifican la adopción de tales medidas. Asimismo, TELEFÓNICA solicita que no se adopten medidas cautelares con omisión del trámite de audiencia al interesado, ya que esto le colocaría en situación de indefensión. Considera que, conforme al artículo 84 de la LRJPAC, debe procederse a este trámite para mantener el principio de contradicción, que debe presidir estas actuaciones.
- Junto con estos aspectos, TELEFÓNICA presenta una serie de alegaciones respecto al posible incumplimiento de la Circular 1/2001, las cuales serán analizadas en el expediente sancionador abierto en relación con esta cuestión —expediente AJ 2002/6526.

OCTAVO.- Con fecha 6 de mayo de 2002, tuvo entrada en esta Comisión escrito de RETEVISIÓN con respecto a nuevos clientes que se habían preseleccionado con este operador durante el período comprendido del 16 de marzo de 2000 a 10 de julio de 2001.

De igual forma, con este escrito se aporta un nuevo mailing de TELEFÓNICA, similar al anterior, respecto del cual el denunciante considera que se trata de una nueva manifestación del comportamiento anticompetitivo y contrario a la normativa sectorial por parte de TELEFÓNICA. La única diferencia sustancial con la campaña “hogar dulce hogar” es el texto que sirve de inicio a la carta, ya que **la expresión “...hace escasas fechas...” ha sido reemplazada por “...hace unos meses...”**.

A la vista de esta nueva campaña, RETEVISIÓN solicita que se amplíen las medidas cautelares antes requeridas a cualquier otra campaña publicitaria de TELEFÓNICA que resultase a la previamente denunciada.

NOVENO.- Con fecha 13 de mayo de 2002, tuvo entrada en esta Comisión escrito de TELEFÓNICA en el que, como contestación al requerimiento de información que dictó esta Comisión el día 22 de abril de 2002, se alegaron ciertas manifestaciones, entre las que cabe destacar las siguientes:

- La falta de competencia de esta Comisión para conocer de supuestos regulados por la Ley de Defensa de la Competencia.
- La reiteración del pleno cumplimiento de la normativa sobre competencia en la campaña publicitaria, a la vista de que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- No se ofrece a los potenciales destinatarios de la campaña ninguna oferta especial ni ningún servicio vinculado con el hecho de la inhabilitación de la preselección. Así, la campaña no tiene por objeto en ningún caso reforzar la fidelidad del cliente.
- TELEFÓNICA no utiliza ninguna ventaja por ser titular de la red o por ser el operador encargado de tramitar las solicitudes de preasignación. De hecho, a diferencia de otros operadores, no se ha referido a la identidad del operador al que el abonado se ha preasignado, lo que le habría permitido una oferta más acorde con las necesidades del usuario.
- Se solicita el archivo del expediente o, de forma subsidiaria, la acumulación del presente expediente con el procedimiento sancionador sobre la misma campaña publicitaria al que previamente ya se ha hecho referencia (AJ 2002/6526). TELEFÓNICA argumenta el artículo 73 de la LRJPAC como base de la acumulación de dos expedientes que, al igual que los aquí referidos, guarden identidad sustancial o íntima conexión. De igual forma, se considera que el requerimiento de información del expediente aquí analizado conculcaría la tutela de los derechos que asisten a TELEFÓNICA en el marco del procedimiento sancionador abierto por esta Comisión.

DÉCIMO.- No obstante las manifestaciones de TELEFÓNICA referidas en el apartado anterior de estos Antecedentes de Hecho, los puntos requeridos en el requerimiento de esta Comisión de 22 de abril de 2002 no fueron contestados, por lo que con fecha de 22 de mayo de 2002 se envió a TELEFÓNICA una reiteración del referido requerimiento de información.

En cumplimiento de la reiteración del requerimiento de información, con fecha de 14 de junio de 2002 entró en el Registro de esta Comisión escrito de TELEFÓNICA, en virtud del cual procede a dar respuesta al requerimiento citado. La información aportada es la siguiente:

- Los abonados a los que se ha enviado la campaña han sido presentados en formato electrónico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La presentación de estos datos se realiza al amparo del artículo 11.6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, de forma disociada a fin de no vulnerar la normativa aplicable en materia de protección de datos personales. Se considera que no existe norma legal de telecomunicaciones que autorice expresamente tal cesión, y que el ceder datos fuera de los casos que están permitidos constituiría infracción de carácter muy grave según el artículo 44.b) de la Ley Orgánica de Protección de Datos.
- Estos datos se presentan de forma disociada en espera de la resolución de la consulta que a este respecto TELEFÓNICA ha presentado a la Agencia de Protección de Datos, con fecha 7 de junio de 2002.

De igual forma, TELEFÓNICA solicita que, conforme al artículo 37.5.d) de la LRJPAC, el dato relativo al número de abonados a los que se ha dirigido esta campaña sea tratado con carácter confidencial.

- Según TELEFÓNICA, la campaña se inició en los términos actuales el 8 de marzo de 2002, finalizando el día 22 de abril del mismo año. Por tanto, el número de abonados a los que va dirigida se limita a aquellos a los que ya se le ha enviado la carta publicitaria.
- En lo referente a la estructura de la campaña, la información aportada por TELEFÓNICA se limita a reproducir los criterios utilizados para proceder al envío de las comunicaciones que la conforman. Así, de cara a identificar los usuarios objetivo de la campaña, TELEFÓNICA estaría haciendo uso de un análisis del comportamiento del consumo (tráfico) del abonado, basándose en ello para conocer cuáles son las líneas presumiblemente preasignadas. El análisis de consumo se produciría en todo caso sobre aquellos clientes que estuvieran en la base de datos de TELEFÓNICA confeccionada con fines de apoyo a acciones comerciales.
- El mencionado análisis de consumo se ejecuta sobre la base de desviaciones producidas entre el tráfico de salida realmente cursado y el consumo total esperado en una cierta línea telefónica. Cuando se produzca un porcentaje concreto de diferencia entre el consumo esperado y el real, esa línea se presumirá como preasignada, y al usuario titular de la misma se dirigirá la campaña publicitaria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la base de este procedimiento para la identificación de las líneas telefónicas potencialmente preasignadas, TELEFÓNICA argumenta que no ha hecho uso de dato o información alguna obtenido durante el proceso de preselección. Además, dado que este mismo sistema de identificación de usuarios potenciales objetivo de la campaña lanzada puede ser reproducido por cualquier otro operador, TELEFÓNICA considera que no erige de este modo barrera de entrada alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/1997), en su artículo 1.Dos.1, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector; idéntica previsión se establece en el artículo 4 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Para el cumplimiento de los objetos anteriormente señalados, el legislador ha encomendado a esta Comisión el ejercicio de diversas funciones, entre ellas las siguientes:

- (i) letra c) del artículo 1.dos.2 la Ley 12/1997: velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias.
- (ii) letra f) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997: adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y el suministro de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto de la supuesta incompetencia de la CMT para aplicar el Derecho de la Competencia:

TELEFÓNICA alega que la CMT no es competente para resolver un procedimiento al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia a la que se refiere como “único cuerpo normativo aplicable en España en materia de Defensa de la Competencia”.

Con respecto a esta alegación, cabría preguntarse con qué fin otorgó el legislador las funciones del artículo 1.Dos. 2 c) y f) a la CMT.

En segundo lugar, resulta necesario puntualizar que la Ley de Defensa de la Competencia no es el único cuerpo normativo aplicable en España en materia de defensa de la competencia. Concretamente, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, tanto el artículo 81.1 (antiguo artículo 85) como el 82 (antiguo artículo 86) del Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante, “TCE”) producen efectos directos en las relaciones entre particulares que han de ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales. En este sentido, tanto la prohibición de determinados acuerdos colusorios como la proscripción de explotaciones abusivas de una posición de dominio en el mercado son incondicionales y surten efectos sin que sea necesaria una decisión previa, por lo que pueden ser aplicadas directamente por los jueces nacionales, quienes pueden verificar si se reúnen sus condiciones de aplicación y deducir de ello, llegado el caso, las consecuencias que se derivan en Derecho interno¹.

Respecto de esta alegación, no cabe sino incidir nuevamente en la argumentación esgrimida por la CMT en anteriores ocasiones: antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 52/1999), el caso más conspicuo en el que esta Comisión analizó esta cuestión fue en la resolución de 2 de diciembre de 1999 relativa a determinadas prácticas de TELEFÓNICA respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus.

TELEFÓNICA estimaba entonces, igual que ahora, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 permitía a la CMT dictar resoluciones a la luz del Derecho de la Competencia, dado 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, por lo que el papel de la CMT se limita a remitir los asuntos de que conozca en los que se identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia.

¹ Sentencias *BRT-SABAM I* de 30 de enero de 1974, *BRT-SABAM II* de 21 de marzo de 1974, y *Ahmed Saeed* de 11 de abril de 1989.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estos mismos argumentos se aducen en el presente expediente para razonar la incompetencia de la CMT en esta materia. Además, TELEFÓNICA alega que la Ley 52/1999 produjo un desapoderamiento de las competencias antes atribuidas a la CMT en relación con la aplicación del principio de libre competencia a las telecomunicaciones.

Pues bien, ya en aquella ocasión se recordaba que la CMT se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones que la constituye, cual es la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar ciertos mercados. En este sentido, se dotó a la CMT de las funciones necesarias para alcanzar el fin y objeto de su existencia: la salvaguardia de la competencia. Por ello, las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguardia de la libre competencia en el mercado, otorgando asimismo los correspondientes resortes a este órgano regulador.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia. Sin embargo, ello no supone que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se les prive o menoscabe de funciones. Al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio.

Admitido pues que la CMT es un órgano de salvaguardia de la competencia, es legítimo plantear cuáles son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia. En la interpretación que ahora se desarrollará pueden coexistir ambos organismos, desarrollando sus funciones, sin riesgo de conflicto dado que la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición dominante. Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la CMT.

Cabe añadir que este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que, en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso. Esta forma de actuar no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, normalmente mediante la imposición de multas o penas pecuniarias.

Este diferente modo en que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y ha sido perfectamente aceptado por los agentes intervinientes en el mercado. Los nuevos operadores, entrantes en los mercados antiguamente en monopolio, pueden modular sin dificultades, las vías de acceso a los órganos de salvaguardia de la competencia. Si lo que desean es determinar claramente las obligaciones de unos y otros, y no la apertura de un expediente sancionador, acuden a la CMT. Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados. Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, ya materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de TELEFÓNICA, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la LGTel.

En su día, esta disposición fue interpretada por TELEFÓNICA como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT. La redacción de esa disposición adicional es la siguiente —bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”—:

“El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita los distintos campos de actuación de uno y otro órganos.

En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, *in fine*, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto, obviamente de una posible sanción de este organismo, sin que ello le impida imponer obligaciones de hacer o no hacer.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT. De ahí el sentido de la expresión “...cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...”. Así, la CMT, que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. Lo que plantea TELEFÓNICA es una interpretación irrazonable, por cuanto no responde a una filosofía de coordinación de ambos organismos, con mantenimiento de las funciones de uno y otro, sino a la supresión de la competencia que tiene reconocida explícitamente uno de ellos. De ahí que tenga sentido la previsión que contiene *in fine* la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce “sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2. f) de la Ley 12/1997”. Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT, no tendría sentido aprobar una redacción como la que se está comentando.

Queda por clarificar la modificación introducida por la disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC que da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997. Dicho precepto queda redactado de la forma siguiente:

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”.

A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones²:

² La redacción anterior del apartado f) era la siguiente: “Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

2.º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3.º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

- Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas son "para salvaguardar la libre competencia". Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.
- Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- Se introduce una función consistente en poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Igualmente, la Comisión ejercerá las competencia de la Administración General del Estado para interpreta las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

- la supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1.Dos 1. de la Ley 12/1997. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguarda de la libre competencia.
- la introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, no puede hablarse en rigor de una modificación de la función reconocida en la letra f) del artículo 1.Dos. 2, sino de un retoque de la misma, cohonestando su redacción con la modificación producida de hecho, aunque no formalmente, con ocasión de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones. De este modo, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto.

Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, no habría de considerarse el artículo 51.bis de la LDC como un límite a la posibilidad de actuación de esta Comisión en materia de defensa de la competencia. De conformidad con este artículo, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos regulados en la LDC en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, tal y como se ha expuesto.

El análisis de un asunto a la luz de derecho de la competencia, constituiría por lo tanto un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos.

Respecto de esta cuestión, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), en su sentencia de 13 de febrero de 2001, ha reconocido expresamente que la atribución a la CMT de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.³

Por otra parte, la misma Audiencia Nacional, mediante sentencia de 17 de octubre de 2000, tuvo la ocasión de pronunciarse ante la idéntica alegación de Telefónica de incompetencia de la Comisión en el caso *Cabitel* y lo hizo en los siguientes términos:

³ En su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el art. 28.1 del RD 1994/1996 de 6 de septiembre no perjudica ni el interés ni el gasto público (art.31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar, y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia.

En este sentido, dice el Tribunal que un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una Ley, respetando en consecuencia el principio de legalidad de su actuación marcado por el art. 9.3 de la CE nunca puede afectar el derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollan sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Por su parte el artículo 69 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones determina que las funciones de la Comisión se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997 de 24 de abril, antes transcrita en los aspectos ahora objeto de análisis, y que resulta obvio señalar se cohonestan con el objeto de la creación de la Comisión por el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones: la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En consecuencia, forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas, en concreto la adopción de una medida tendente a asegurar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general ("ad exemplum, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio y Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"

Abundando en la plena competencia para dictar resoluciones en salvaguarda de la libre competencia atribuida a la CMT en el apartado c) del artículo 1.Dos.2 (el cual no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa), la Sentencia de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de febrero de 2001 ha confirmado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus más amplios términos y así dice expresamente:

"Lo cierto, es que la literalidad del art. 1 del apartado Dos.2 c. no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión "Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas", y ello es consecuencia necesaria de los reflejado en la Exposición de motivos cuando afirma que la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza."

Como consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que la CMT es plenamente competente, en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados 1 y 2, de la Ley 12/1997, para analizar una conducta y resolver un procedimiento de conformidad con el Derecho de la Competencia.

SEGUNDO.- CONSIDERACIONES PREVIAS.-

Tal y como se ha mostrado en el apartado precedente, el legislador habilita a esta Comisión para conocer y pronunciarse a título principal con relación a comportamientos que atentan contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el juego competitivo.

Sin embargo, y como asimismo se ha reiterado en diversas ocasiones, **los comportamientos de mera deslealtad competitiva pertenecen a una esfera competencial ajena a las funciones y atribuciones específicas de esta Comisión**, pues las conductas desleales no vulneran *“per se”* los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados —tal como se argumenta a este respecto en el cuerpo de las Resoluciones de esta Comisión de fecha 5 de abril de 2001, 11 de enero de 2001 y 4 de diciembre de 2000—.

No obstante lo anterior, es cierto que los comportamientos de deslealtad competitiva son susceptibles de constituir un falseamiento suficientemente grave de la competencia en un cierto mercado como para constituir una infracción a la normativa de Defensa de la Competencia.

En efecto, la LDC, en su artículo 7, así como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 3 de noviembre de 1995, prevén la posibilidad de que un comportamiento desleal vulnere las exigencias de la libre competencia si la conducta en cuestión rebasa el ámbito de la mera deslealtad y tiene un impacto significativo sobre el mercado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento.

De este modo, sería necesaria la presencia de este nexo indirecto y **cualificado**, el de un **impacto significativo sobre el mercado**, para que resultara legítima la intervención de esta Comisión en materia de competencia desleal, intervención que no se efectuaría por tanto a título principal, como corresponde a los tribunales ordinarios, sino a título incidental, a los efectos de resolver sobre una conducta anticompetitiva provocada por un comportamiento desleal que tuviera la consideración **de especialmente relevante**.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, procediera en primer término analizar si existe o no una conducta de competencia desleal en la práctica publicitaria de TELEFÓNICA que constituye el objeto del presente expediente.

En caso de determinarse la inexistencia de dicha práctica desleal, nada habría que objetar a la misma, y procedería entonces el archivo del presente expediente. En el supuesto de considerarse la existencia de tales prácticas de competencia desleal, cabría entonces **analizar si éstas tienen o no un impacto significativo en el mercado, de modo que resultan determinantes para perturbarlo o falsear en él las condiciones de competencia efectiva**. Así, el análisis a realizar estará encaminado a clarificar si estas prácticas desleales constituyen un atentado contra la libre competencia en el mercado o si, por el contrario, sus repercusiones en el mismo no son suficientes para distorsionar las condiciones de libre competencia. En este último supuesto procedería el archivo del expediente, mientras que en el primero de ello esta Comisión estaría en disposición de adoptar las medidas que estimase oportunas con el fin de garantizar las condiciones de libre concurrencia en el mercado.

TERCERO.- NORMATIVA A APLICAR.-

Los distintos aspectos a tratar con respecto a los hechos denunciados están regulados por normas pertenecientes a diferentes ámbitos jurídicos. En concreto, las cuestiones que en el marco del presente expediente deben ser analizadas son las siguientes: a) la recuperación de clientes preseleccionados, b) la publicidad ilícita y c) el derecho a la libre competencia.

a) En relación con las prácticas de recuperación de clientes preseleccionados con terceros operadores, esta materia queda regulada en la Circular 1/2001.

En efecto, de conformidad con el apartado quinto.6 de la Circular, la información obtenida por el operador de acceso (TELEFÓNICA) durante el proceso de preselección sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada por departamentos distintos de los directamente involucrados en los procesos de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que tal información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De igual forma, el punto 5 del mismo apartado de la Circular reza que el operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de dos meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, ni podrá realizar prácticas denigratorias de los servicios provistos por dicho operador competidor.

Por último, conforme al punto 7 del referido apartado quinto de la Circular, el operador de acceso no podrá discriminar a los abonados preseleccionados en la prestación de los servicios suplementarios (tales como conferencia a tres, desvío inmediato, marcación directa, indicación de llamadas en espera y contestador en red, entre otros), ni en la prestación de servicios de asistencia técnica o en el acceso a planes de descuento.

De la lectura de estos apartados de la citada Circular, se deduce claramente que el operador de acceso puede realizar prácticas de recuperación de clientes una vez transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de activación de la solicitud de preselección. No obstante, las prácticas de recuperación de clientes que ponga en marcha TELEFÓNICA deben ajustarse a las pautas de conducta que han quedado establecidas por la propia Circular. En el caso en el que estas técnicas de recuperación de clientes incumplan esta normativa, se abriría la posibilidad a esta Comisión de incoar el correspondiente expediente sancionador, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.Dos.2.1) de la Ley 12/1997.

A este respecto, cabe señalar que las cuestiones relativas a un posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de las previsiones contenidas en la Circular 1/2001 en relación con el uso de los datos obtenidos a partir del proceso de preasignación de operador, constituyen el objeto de un expediente sancionador específico abierto por esta Comisión como consecuencia de la denuncia planteada, por lo que el eventual uso ilegítimo de los datos de usuarios preseleccionados con operadores diferentes de TELEFÓNICA no constituye en modo alguno el objeto del presente expediente.

Así, la existencia de una clara diferenciación entre el objeto del procedimiento sancionador anteriormente mencionado —expediente AJ 2002/6526— y el del presente trámite de información previa es la razón que conduce a denegar la petición de TELEFÓNICA de acumular, por identidad de objeto, ambos expedientes en uno solo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, el objeto del presente expediente consiste en comprobar si la publicidad que TELEFÓNICA ha dirigido a través de un mailing a usuarios preseleccionados con operadores competidores tiene o no una incidencia en el mercado que resulta significativa, esto es, que tal conducta tiene la suficiente entidad como para perturbarlo o falsearlo, lo que atentaría contra la libre competencia,

Además, cabe señalar que la acumulación de ambos expedientes pretendida por TELEFÓNICA no resulta procedente por otros motivos añadidos. En primer lugar, la acumulación es una figura jurídica por la que, conforme al artículo 73 de la LRJPAC, *el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquier que haya sido su forma de iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión*. Sin embargo, los expedientes de los que el interesado solicita su acumulación no son dos procedimientos, si no un procedimiento sancionador, y un trámite de información previa abierto conforme al artículo 69.2 de la LRJPAC. Por tanto, esta sola argumentación bastaría para declarar improcedente esta petición de TELEFÓNICA.

Por otra parte, y desde una perspectiva de fondo, entre estos dos expedientes no se produce una identidad sustancial o íntima conexión, tal y como anteriormente se ha señalado. En efecto, pese a centrarse ambos expedientes en un análisis de la campaña publicitaria “Hogar dulce hogar”, el objeto de cada uno de ellos difiere del objeto del otro, tal como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores.

Por último, cabe considerar la diferente tipología de ambos expedientes. A través del presente trámite de información previa, se investiga o requiere de información para concluir si existen indicios suficientes para proceder a incoar un procedimiento ordinario con sujeción a la LRJPAC. Por el contrario, el procedimiento sancionador se dirige a la determinación de posibles infracciones cuya comisión lleva aparejada legalmente la imposición de una sanción, rigiéndose tanto por la LRJPAC como por el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, el RD 1398/1993 y los artículos 76.1 y 84.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones. Este procedimiento sancionador tiene, además, una serie de especialidades procedimentales (instructor específicamente designado por el Consejo, separación entre fases de instrucción y resolución, garantías específicas a favor del presunto infractor, trámite específico de traslado de la propuesta de resolución formulada por el Instructor, etc), que impiden su acumulación a un procedimiento administrativo ordinario y, mucho menos, a un periodo de información previa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, ante aspectos conceptuales y procedimentales tan diferentes, puede concluirse que la acumulación solicitada no resulta en modo alguno procedente.

b) En segundo lugar, y con carácter incidental, otro ámbito normativo a tener en cuenta es el regulador de la publicidad ilícita, el cual resulta de necesaria referencia de cara a determinar la calificación o no de la publicidad realizada por TELEFÓNICA como una práctica de competencia desleal.

Y es que, una vez más, cabe recordar que, para que resultara procedente una actuación de esta Comisión con respecto a los hechos analizados en el presente expediente, es necesario comprobar primeramente la existencia de un comportamiento calificable de competencia desleal. A continuación, sería necesario confirmar que éste posee suficiente relevancia como para provocar un impacto particularmente grave en el mercado y alterar o falsear las condiciones de libre competencia en el mismo.

Así, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, la publicidad se encuentra regulada en España fundamentalmente por la Ley 24/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP). De igual forma, resulta de plena aplicación la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad comparativa.

El Título II de la LGP versa sobre la publicidad ilícita (artículos 3 a 8), dentro de los que se puede destacar la publicidad engañosa y la publicidad desleal. Concretamente, el artículo 4 considera que es engañosa la publicidad que *“...de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios...”*.

El artículo 5 determina si una publicidad es engañosa al tener en cuenta todos sus elementos y, principalmente, sus indicaciones concernientes a:

1. *Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:*

- a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.*
- b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.*
- c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.*
- d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.*
- f) Nocividad o peligrosidad.*

2. *Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.*

3. *Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.*

4. *Motivos de la oferta.*

5. *Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:*

- a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.*
- b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.*
- c) Premios o distinciones recibidas.*

6. *Servicios post-venta.*

Por último, esta norma establece, en su artículo 6, qué se considera **publicidad desleal**:

- a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.*
- b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.*
- c) la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado.*

Se puede observar cómo, en la normativa citada, no se establece relación alguna entre la ilicitud en la publicidad y lo que sería una vulneración de la normativa en materia de libre competencia. Tampoco la establece la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que en sus artículos 6 y 7 cataloga como competencia desleal los actos de confusión y de engaño, respectivamente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, la publicidad engañosa y la publicidad desleal de referencia en la LGP pertenecerían a la categoría de competencia desleal prevista por la Ley 3/1991, puesto que ambas disposiciones normativas discurren por los mismos cauces conceptuales (error y confusión en el destinatario), penalizando tanto la producción de los efectos señalados como la idoneidad para poder producirlos.

c) En tercer lugar, procede recordar las relaciones entre la normativa sobre competencia desleal y la normativa de Defensa de la Competencia.

En este sentido, la LDC, al vincular en su artículo 7 competencia desleal y falseamiento de la libre competencia, permite establecer un nexo indirecto entre ésta última y la publicidad desleal. A este respecto cumple significar de nuevo que se trata de un nexo cualificado además de indirecto: así, un acto de competencia desleal es, en principio, susceptible de constituir una vulneración o falseamiento de las condiciones de libre competencia en el mercado, pero para ello se exige que el comportamiento en cuestión rebase la esfera de la simple deslealtad y tenga un impacto significativo sobre el mercado afectado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento. No se protegen, pues, directamente los intereses particulares de los competidores real o potencialmente lesionados, sino el interés público.

Estas afirmaciones son ilustrativas de la línea argumental seguida al respecto por el Tribunal de Defensa de la Competencia en algunas de sus Resoluciones⁴.

Por último, resulta necesario observar el ámbito normativo constituido por el Derecho de la Competencia. En este sentido, cabe señalar que la realización de publicidad ilícita y, por ende, de prácticas de competencia desleal, desemboca en la posibilidad de que el operador dominante haya incurrido en actuaciones anticompetitivas.

Ello conduce a afirmar que, de cara a analizar la publicidad llevada a cabo por parte de TELEFÓNICA, es preciso tener en cuenta dos aspectos: el primero de ellos es la normativa general delimitadora de abuso de la posición dominante, esto es, los art. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y normativa de desarrollo. El segundo de ellos consiste en la regulación sectorial del mercado de las telecomunicaciones. Esta regulación vendría materializada por la Circular 1/1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁴ Resoluciones de fecha 7 de octubre de 1993 y 3 de noviembre de 1995.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, en el apartado segundo de la citada Circular se establece que los operadores que tengan la consideración de dominantes en los mercados de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos, e interactivos, habrán de efectuar sus campañas publicitarias de conformidad con las exigencias de la libre competencia. Se considerarán conformes a las exigencias de la libre competencia las campañas publicitarias llevadas a cabo por dichos operadores en cualquiera de los mercados mencionados, **que no constituyan barreras a la entrada de nuevos operadores**. Dichas barreras podrán tener su origen en la realización de gastos publicitarios excesivos, entendiéndose por tales aquéllos que, con carácter acumulativo:

“a).- tengan por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con los nuevos operadores y configurando así mercados cautivos.

b).- resulten desproporcionados respecto de la magnitud económica, que, con arreglo a criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, pudiera tener un operador entrante para poder competir de forma eficiente.

c).- priven a los operadores entrantes de un legítimo margen de respuesta, exponiéndolos a la necesidad de efectuar elevadas inversiones que resulten inviables o seriamente gravosas para su economía, así como a un proceso de posicionamiento en el mercado más lento y difícil, al tener que hacer frente a hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña publicitaria.”

CUARTO.- RESPECTO DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE TELEFÓNICA “HOGAR DULCE HOGAR” COMO SUPUESTA PUBLICIDAD ILÍCITA.-

De acuerdo con el tenor literal del artículo 4 de la LGP transcrito con anterioridad, para calificar un mensaje publicitario como engañoso deben concurrir dos presupuestos: en primer lugar, el mensaje debe ser susceptible de inducir a error a sus destinatarios. En segundo lugar, el mensaje debe ser apto para afectar al comportamiento económico del consumidor o para perjudicar a un competidor.

Con respecto al primero de estos dos presupuestos, es evidente que un mensaje publicitario es susceptible de inducir a error a sus destinatarios cuando se apoye en datos inexactos o falsos. Sin embargo, la inexactitud o falsedad de las alegaciones publicitarias no constituye en modo alguno un presupuesto necesario de la publicidad engañosa. Antes al contrario, del propio tenor literal del artículo 4 de la LGP se deduce que incurren en la prohibición de la publicidad engañosa todos aquellos mensajes que *sean susceptibles* de inducir a error a los consumidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, para calificar un mensaje publicitario como engañoso es suficiente con acreditar la simple aptitud o susceptibilidad de éste para inducir a error a los destinatarios. De hecho, así lo ha entendido nuestra jurisprudencia nacional, resultando significativas las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de mayo de 1992 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de octubre de 1997.

En concordancia con lo anterior, cabría indagar acerca de cuál es el significado que el público atribuye a la expresión publicitaria, y comprobar después si esta expresión, tal y como ha sido interpretada por sus destinatarios, se corresponde con la realidad.

En todo caso, la susceptibilidad o aptitud de un mensaje para inducir a error a sus destinatarios sólo es uno de los dos presupuestos de la publicidad engañosa. Como antes se ha indicado, la práctica publicitaria ha de resultar apta para afectar al comportamiento económico de los consumidores o para perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

En efecto, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 23 de marzo de 1991 consideró que sólo cabe aceptar la incidencia del mensaje publicitario en el comportamiento económico del consumidor cuando se acredita la existencia de un nexo causal entre el engaño publicitario y la decisión de compra de los consumidores.

No obstante, no sería estrictamente necesario verificar tal nexo causal, desde el punto de vista del tenor literal del artículo 4 de la LGP, cuando el mensaje pudiera llegar a incidir en el comportamiento económico de sus destinatarios. Así, el mensaje podría ser declarado como engañoso si éste se estimase apto para incidir en el comportamiento de los consumidores.

Al analizar la práctica concreta llevada a cabo por TELEFÓNICA, cabe percibir que la carta enviada a los abonados preseleccionados con otro operador competidor constituye el punto básico de la campaña, cuyo contenido podría considerarse abarcado por el concepto de publicidad engañosa y, por tanto, ilícita.

En efecto, los denunciantes —tal como se ha recogido en los Antecedentes de Hecho de esta Resolución— consideran que diversos puntos en la redacción de esa carta podrían confundir y llevar a error al abonado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, el iniciar la carta con el texto *“Hace escasas fechas hemos dado curso a una solicitud por parte de otro Operador en la que nos solicitaba la preasignación de su número de teléfono..”* y dirigirla a usuarios que se encuentran preseleccionados con otro operador desde hace más de tres meses, es un aspecto que puede confundir al destinatario.

Esta confusión le podría llevar a ponerse en contacto con los servicios de información de TELEFÓNICA (al ser el único operador que cuenta con esos datos), permitiendo así a TELEFÓNICA contactar con ese usuario y poner en práctica técnicas personalizadas orientadas a lograr la recuperación de ese cliente.

Esto es, si bien no de forma cierta y definitiva, podría darse el supuesto de que el significado que el público atribuye a la expresión “hace escasas fechas” no se corresponda con el tiempo real que hace que ese usuario se preseleccionó con otro operador. Antes bien, podrían los usuarios entender que ello se refiere a un periodo mucho más reducido, lo que les llevaría a suponer que en la carta recibida se está haciendo referencia a un procedimiento de preselección diferente a aquel del cual tiene conciencia el usuario, dada la lejanía de las fechas en las que éste tuvo lugar.

De este modo, el texto inicial de la carta remitida por TELEFÓNICA podría inducir a error en el comportamiento de sus destinatarios. Así, la frase aludida podría ser susceptible de crear cierta confusión a los abonados, lo que podría, en último término, provocar la ruptura de su relación contractual con el operador con el que se encontrasen preseleccionados, y pasar a ser de nuevo clientes de TELEFÓNICA. Con ello, la confusión generada por esa frase podría afectar al comportamiento económico de los destinatarios del mailing y, por tanto, ser susceptible de perjudicar a los competidores, en este caso los operadores con los que los usuarios se encuentran preseleccionados.

Sin embargo, lo cierto es que **no se puede constatar de manera clara y directa que la redacción de este texto de la carta induzca efectivamente a error a sus destinatarios.**

En consecuencia, **no puede afirmarse de manera concluyente que la carta remitida por TELEFÓNICA provoque un comportamiento determinado en la actuación de los usuarios.** Ni es razonable pensar que el usuario tipo reaccione frente a esa carta poniéndose en contacto con TELEFÓNICA, ni tampoco que esa posible búsqueda de información en que podría incurrir el cliente con el propósito de esclarecer la fecha de su preselección desemboque finalmente en una inhabilitación del usuario destinatario, que pasaría a ser captado por TELEFÓNICA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En otro orden de cosas, los denunciantes consideran que de la redacción de la carta se induce al abonado erróneamente a pensar que, por el hecho de estar preseleccionado con otro operador, no podrá recibir las prestaciones y servicios ofertados por TELEFÓNICA a los que se refiere el folleto adjunto a la misiva, al inducirle a creer que el cumplimentar la solicitud de inhabilitación es condición necesaria para acceder a tales ofertas comerciales.

De cara a analizar esta cuestión, cabe hacer uso del artículo 6.b) de la LGP, conforme al cual se considera publicidad desleal la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores.

Así, el texto de la carta remitida por TELEFÓNICA a los usuarios se refiere de forma claramente separada a estos dos aspectos, esto es, a las ofertas comerciales publicitadas y a la posibilidad de que el usuario inhabilite su preselección con su actual operador y regrese de nuevo a la base de clientes de TELEFÓNICA, sin que se mencione siquiera de forma velada que para poder disfrutar de los servicios ofertados resulte necesario realizar la inhabilitación.

Asimismo, el usuario que lleva tiempo preseleccionado con otro operador distinto de TELEFÓNICA ha tenido ocasión de comprobar que ciertos tipos de servicio asociados a la línea telefónica —contestador, llamada a tres, desvío de llamadas, identificación de llamada entrante, etc— no dejan de ser prestados por TELEFÓNICA por el hecho de haber preasignado su línea con otro operador competidor, por lo que no cabe razonar que la publicidad recibida por tales usuarios puedan provocarle confusión alguna en este sentido.

Por tanto, en este aspecto la publicidad no parece que pueda llevar a error al tipo de usuario al que va encaminada, por lo que no procede considerarla como publicidad ilícita.

QUINTO.- RESPECTO DE LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA A TRAVÉS DE ESTA CAMPAÑA PUBLICITARIA “HOGAR DULCE HOGAR”.

Concluido este estudio incidental de la publicidad ilícita, y sin perjuicio de las consideraciones que a este mismo respecto pudiera realizar los órganos correspondientes de la jurisdicción ordinaria, procede a continuación examinar las posibles prácticas anticompetitivas ejercidas por TELEFÓNICA.

Ante ello, conviene aclarar que, al no haber resultado acreditado en el análisis precedente que la publicidad realizada tenga el carácter indubitado de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comportamiento de competencia desleal, no resultaría *per se* posible la existencia de una práctica anticompetitiva derivada de una conducta desleal.

No obstante, el estudio de la campaña desde la perspectiva de su adecuación a las reglas de la libre competencia exige también analizar el posible impacto que esta campaña a los efectos previstos en la Circular 1/1998. Esta Circular tiene por objeto establecer los criterios con arreglo a los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones analizará la adecuación a las exigencias de salvaguarda de la libre competencia de determinados comportamientos de las entidades con posición de dominio operantes en el sector que actúen como anunciantes en campañas publicitarias.

Hay que resaltar que el mailing realizado por TELEFÓNICA se incluye en el concepto de campaña publicitaria de esta Circular —que la LGP define como toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones—. En consecuencia, las previsiones contenidas en esta Circular resultan de aplicación de cara al análisis de la campaña “hogar dulce hogar”.

Conforme a la citada Circular, los operadores que tuvieran la consideración de dominantes en los mercados de las telecomunicaciones, habrán de efectuar sus campañas publicitarias de conformidad con las exigencias de la libre competencia. Se considerarán conformes a las exigencias de la libre competencia las campañas publicitarias llevadas a cabo por dichos operadores que no constituyan barreras a la entrada de nuevos competidores.

Como antes de indicó, podrán infringir la Circular 1/1998 aquellas campañas publicitarias en las que, con carácter cumulativo, concurren las siguientes circunstancias:

a).- resulten desproporcionados respecto de la magnitud económica, que, con arreglo a criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, pudiera tener un operador entrante para poder competir de forma eficiente.

Por lo que se refiere a la campaña de TELEFÓNICA objeto de examen, no pareciera que los gastos que se han incurrido en ella resulten excesivos.

Efectivamente, una campaña publicitaria consistente en un mailing a un número concreto de abonados no supone una inversión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desproporcionada para empresas del tamaño de la mayoría de las empresas del mercado de las telecomunicaciones⁵.

Por otro lado, los gastos incurridos por TELEFÓNICA han de ser analizados a la luz de su proporción con los ingresos que prevé obtener por cada nuevo cliente recuperado. En este sentido, parece evidente que los costes de una carta enviada por vía postal pueden ser recuperados si el usuario decidiese retornar como cliente con TELEFÓNICA, cursando con esta compañía sus llamadas o incluso si decidiera utilizar al indicado operador sólo para ciertas llamadas (previa marcación de su código de selección de operador). En consecuencia, desde esta perspectiva la campaña analizada no supondría vulneración alguna de este principio de proporcionalidad entre gastos e ingresos esperados.

b).- priven a los operadores entrantes de un legítimo margen de respuesta, exponiéndolos a la necesidad de efectuar elevadas inversiones que resulten inviables o seriamente gravosas para su economía, así como a un proceso de posicionamiento en el mercado más lento y difícil, al tener que hacer frente a hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña publicitaria.”

La campaña consiste en presentar de forma bondadosa unos servicios y descuentos lícitos y legales con los que cuenta un operador, TELEFÓNICA en este caso. De esta definición básica de la campaña se puede deducir que es una publicidad que en todo caso podrá realizarse por el resto de operadores, presentando sus servicios y ofertas económicas, **por lo que la campaña resulta en cuanto a su modo de realización y coste perfectamente emulable.**

c).- tengan por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo de forma sensible la contratación de potenciales clientes con los nuevos operadores y configurando así mercados cautivos.

Respecto de la cuestión de la búsqueda del reforzamiento de la fidelidad de los clientes, esta campaña no pareciera, en sentido estricto, ir enfocada a lograr esta finalidad. La recuperación de clientes por TELEFÓNICA tiene como finalidad la captación de abonados en determinados servicios prestados en la actualidad por un tercer operador. Por tanto, no se trataría de una campaña que pretendiese lanzar nuevos servicios u ofertas para que el cliente se mantuviese con TELEFÓNICA, sino volver a captar clientes que, una vez restableciesen su relación contractual con esta compañía, sí serían entonces

⁵ La publicidad en ese mercado en el año 2001, conforme a los datos del Informe Anual del 2001 de esta Comisión, asciende a algo más 201 millones de euros, siendo la publicidad a través de medios audiovisuales la que absorbe la mayor parte del gasto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

susceptibles de constituir el objetivo de eventuales campañas fidelizadoras ulteriores.

Por último, la campaña de TELEFÓNICA no incluye en modo alguno nuevas ofertas no ajustadas al régimen de regulación de precios vigente. **Al contrario, esta campaña publicitaria se dirige a presentar de forma lícita ciertas ofertas comerciales aprobadas conforme a la legislación sectorial vigente.**

Por tanto, queda claro que la campaña analizada no presenta cláusulas fidelizadoras ni supone un gasto excesivo, tanto respecto al resto de operadores del mismo mercado como respecto a los fines para los que está enfocada, existiendo una clara proporcionalidad en la campaña.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

Único. Archivar la solicitud de intervención formulada por RETEVISIÓN, LINCÉ Y JAZZTEL contra TELEFÓNICA, sin iniciar procedimiento administrativo alguno, dado que la documentación que obra en el expediente de referencia no permite concluir que la campaña publicitaria “Hogar dulce hogar” de TELEFÓNICA suponga prácticas anticompetitivas de este operador.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes