



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

POR EL QUE SE APRUEBA LA RESOLUCIÓN EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA PRESENTADA ANTE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES POR LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES EN ACCIÓN-FACUA RELATIVA A LA PUBLICIDAD REALIZADA POR VODAFONE ESPAÑA, S.A. DE UNO DE SUS PRODUCTOS

Exp. 2004/1931

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 3 de diciembre de 2004, se ha recibido en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de la Asociación de Consumidores en Acción-FACUA (en adelante, FACUA) mediante el cual denuncia ante esta Comisión la eventual realización de publicidad engañosa por la empresa VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, VODAFONE) con respecto a su oferta de portabilidad bajo el mensaje *“Ahora vente a Vodafone y te regalaremos un descuento de 60 euros en tu factura”*.

En su escrito, FACUA expone en relación con dicha oferta, que *“en realidad el descuento íntegro sólo llegará a aplicarse a los usuarios que tengan un consumo mínimo de 19 euros más IVA cada uno de los seis primeros meses”*. Asimismo, menciona que *“un mensaje en letras blancas sobre fondo gris claro que aparecen borrosas en la versión del anuncio en prensa y con un tamaño tan reducido que resulta casi imposible de leer para los usuarios que reparen en él matiza que el descuento consiste en 10 euros/mes en las seis primeras facturas antes de impuestos, quedando excluido el consumo mínimo correspondiente al plan de precios elegido que asciende a 9 euros más IVA mensuales”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. FACUA considera que la publicidad de VODAFONE puede inducir a error a los consumidores e incurrir en un supuesto de publicidad engañosa prohibida por el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Por todo ello, FACUA solicita a esta Comisión que tenga por presentada y admita su denuncia en relación con la oferta ya mencionada de VODAFONE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad VODAFONE figura en los registros cuya llevanza corresponde a esta Comisión como entidad habilitada para prestación del servicio telefónico móvil disponible al público mediante el establecimiento o explotación de una red pública telefónica móvil.

SEGUNDO. Entre las diversas funciones que esta Comisión desempeña figura, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. Las actividades publicitarias llevadas a cabo por los agentes del sector se enmarcan en la esfera de la comercialización de productos y/o servicios.

Debe señalarse que los comportamientos de mera deslealtad competitiva pertenecen a una esfera competencial ajena a las funciones y atribuciones de esta Comisión. El legislador ha habilitado a la Comisión para conocer y pronunciarse a título principal en relación a comportamientos que atentan contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el juego competitivo. Las conductas desleales no vulneran *per se* los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados. Sin embargo, sí que son susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. Así, tanto la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, 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.

Es la presencia de este nexo indirecto y cualificado lo que legitima la intervención de esta Comisión en materia de competencia desleal, intervención ésta que se efectuará no a título principal, como corresponde a los tribunales ordinarios, sino a título incidental, a los efectos de resolver sobre una conducta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anticompetitiva provocada por un comportamiento desleal de especial relevancia.

TERCERO. El comportamiento de VODAFONE no rebasaría así el ámbito de la mera deslealtad, debiendo en consecuencia ser analizada la eventualidad de la misma por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de competencia desleal y publicidad engañosa.

La Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone en su artículo 3 que se considera ilícita la publicidad engañosa. En ese sentido, el artículo 28 de dicha Ley establece que las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria de la citada norma. Por ello, cabe concluir que la esfera competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no incluye aquellas cuestiones que pudieran derivarse de la mencionada norma.

No obstante lo anterior, el abanico de posibilidades que se abre para la resolución de los conflictos que se generan en el sector publicitario no sólo se circunscribe a las actuaciones en sede judicial, sino que también alcanza a la posibilidad de acudir al Jurado de Autocontrol de la Publicidad, órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, poniendo de manifiesto en el mismo la práctica publicitaria practicada por VODAFONE.

CUARTO. De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe concluir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es competente para entender de la denuncia presentada por FACUA al referirse ésta a la eventual realización de publicidad engañosa por parte de VODAFONE en relación con uno de sus productos, debiendo dirimirse, en su caso, dicha denuncia por los tribunales ordinarios de conformidad con la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO. Que no ha lugar a la apertura de expediente administrativo ni, en consecuencia, a la adopción de medidas en relación con el comportamiento denunciado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

Alfonso Ramos Molins Sainz de Baranda