



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 nº 34/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de septiembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2004/1378** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN PRESENTADA POR LA ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES EN ACCIÓN-FACUA EN RELACIÓN CON LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE LLAMADAS DESDE TELÉFONOS MÓVILES DE LA ENTIDAD VODAFONE ESPAÑA, S.A.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de junio de 2004, ha tenido entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito presentado por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES EN ACCIÓN-FACUA (en adelante FACUA) en virtud del cual se solicita de esta Comisión que, en base a sus competencias, efectúe las actuaciones que correspondan en relación con la operadora de telecomunicaciones VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante VODAFONE), a la vista de la campaña publicitaria desarrollada el pasado verano con el reclamo *“Ven a Vodafone y pruébalo durante 10 días...”*, la cual, en opinión de FACUA, incurre en un supuesto de publicidad engañosa.

Segundo.- FACUA señala que VODAFONE ha desarrollado una campaña publicitaria en diversos medios de comunicación con el siguiente reclamo: *“Ven a Vodafone y pruébalo durante 10 días. Si no estás satisfecho, te devolvemos el importe del móvil y de las llamadas”*. En dicha campaña, el operador presume de ser el que hace llegar la voz *“de la manera más clara”*, con el reclamo *“para que tus llamadas no se corten, nadie como Vodafone para evitarte interrupciones”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FACUA continúa manifestando en su escrito que la publicidad de Vodafone no destaca que sólo devolverá el importe de las llamadas realizadas en el periodo de prueba dirigidas a móviles de la misma compañía, por lo que las conversaciones con teléfonos fijos o móviles de Movistar y Amena quedan excluidas del compromiso, tampoco se aplica la oferta a los clientes con tarjeta ni a los que se pasen de tarjeta a contrato.

FACUA solicita en su escrito, en relación con la citada campaña publicitaria, que esta Comisión *“tome las medidas necesarias al respecto, manteniendo informada a esta entidad”* por haber cometido el citado operador una infracción de la Ley General de Publicidad por incurrir en un supuesto de publicidad engañosa conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Tercero.- FACUA plantea la necesidad de que esta Comisión evalúe si realmente la calidad de las comunicaciones ofrecidas por Vodafone es sustancialmente superior a la de los otros dos operadores móviles, *“dado que de no ser este argumento demostrado por la compañía, incurriría igualmente en un supuesto de publicidad comparativa engañosa”*.

Cuarto.- Por todo lo anterior, FACUA solicita que la CMT, en el marco de sus competencias, tome las medidas necesarias al respecto, manteniendo informada a la citada entidad por ser parte en la denuncia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, en su artículo 48.2. letra e), habilita a esta Comisión para *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio (...) 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 servicios.

Segundo.- Ello no obstante, cumple señalar, como se ha reiterado en diversas ocasiones, que los comportamientos de mera deslealtad competitiva pertenecen a una esfera competencial ajena a las funciones y atribuciones de esta Comisión. El legislador le habilita 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. Las conductas desleales no vulneran *“per se”* los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados. Sin embargo, sí que son



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. Así, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 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.

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 anticompetitiva provocada por un comportamiento desleal de especial relevancia.

Tercero.- En el caso que nos ocupa, al margen de cuál sea la calificación jurídica de las prácticas publicitarias de VODAFONE en el marco de la competencia desleal y de la publicidad engañosa, esta Comisión estima que los hechos puestos de manifiesto por FACUA no son susceptibles de distorsionar de manera sensible la libre competencia en el mercado nacional de telefonía móvil disponible al público ni, en consecuencia, de afectar al interés público.

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

Cuarto.- Por lo que se refiere a la evaluación de los niveles de calidad del servicio de VODAFONE en relación con el resto de los operadores de telefonía móvil, esta Comisión desea poner de manifiesto que la calidad resulta ser una de las obligaciones que se le exigen a VODAFONE derivadas del título habilitante que en su momento se otorgó para prestar el servicio telefónico móvil, y vigente en aplicación de la disposición transitoria primera 2 letra a) de la LGTel.

En cuanto al control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por VODAFONE como adjudicataria de una concesión para prestar el servicio de comunicaciones móviles, ha de tenerse en cuenta que las respectivas cláusulas II.2.4.a) de las Resoluciones de 18 de marzo de 2002 de la SETSI, por las que se transforman los contratos concesionales de Vodafone en las correspondientes licencias individuales, se deriva que resultaría ser una de las obligaciones de servicio público que se le exigen. En cuanto a la competencia de los órganos de la Administración para efectuar el control de las obligaciones de servicio público que establece la LGTel y el Reglamento de Servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Universal para la prestación del servicio telefónico móvil por parte de VODAFONE, ha de observarse el contenido del artículo 46.2 de la LGTel, el cual establece que

“El Ministro de Ciencia y Tecnología [en la actualidad Ministro de Industria, Comercio y Turismo] (...) asumiendo la competencia de control y seguimiento de las obligaciones de servicio público que correspondan a los distintos operadores en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”

De lo señalado con anterioridad debe concluirse que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo tiene competencia para (i) exigir a VODAFONE el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su condición de operador del servicio telefónico móvil disponible al público y (ii) efectuar el control de las obligaciones de servicio público establecidas por la normativa vigente que debe observar VODAFONE.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las funciones reconocidas en el artículo 48 apartado 2, letra e), de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de 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.

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 a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; o directamente, recurso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 citada Ley 30/1992, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº.Bº EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real