



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON ALFONSO RAMOS DE 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 nº 43/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de diciembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2004/1608** 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 ADSL DE LA ENTIDAD YA.COM

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de octubre 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 denuncia a la operadora de telecomunicaciones **YACOM INTERNET FACTORY, S.A.U.** (en adelante YA.COM), por «*publicidad engañosa en su oferta de ADSL bajo el mensaje de “19,95 euros para siempre” así como por incluir una cláusula en las condiciones generales del contrato que resulta abusiva por contradecir el justo equilibrio de las contraprestaciones, estableciendo unas condiciones desproporcionadas para el cliente cuando el mismo solicite la baja del contrato*».

Segundo.- FACUA señala que YA.COM incurre en publicidad engañosa en su oferta de conexión ADSL las veinticuatro horas por 19,95 euros más IVA mensuales por que en dicha publicidad se silencia los siguientes datos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- No se dice que la oferta está limitada a determinadas zonas geográficas y que existen por tanto zonas en las que los usuarios deben pagar una cuota mensual un 50% más cara, por importe de 29,95 euros.
- Además, aunque en su publicidad asegura que se trata de una cuota de 19,95 euros *“para siempre”*. Sin embargo, YA.COM advierte en la cláusula séptima de sus condiciones generales del contrato de servicio de ADSL que *“la cuota fija mensual podrá sufrir incrementos para sucesivos periodos anuales en función de la variación del IPC”*.

FACUA continúa manifestando en su escrito que, junto con la denuncia por publicidad engañosa, se denuncia también, que la cláusula sexta del contrato exige para darse de baja la notificación por escrito *“con una antelación de la menos treinta días”* y el abono de 10 euros *“en concepto de gastos de tramitación de baja”*. Todo lo cual supone una vulneración de la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Tercero.- Por todo lo anterior, FACUA solicita que la CMT, en el marco de sus competencias, tome las medidas que estime adecuadas.

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 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 YA.COM en el marco de la publicidad engañosa y de los derechos de consumidores y usuarios, esta Comisión estima que los hechos puestos de manifiesto por FACUA no son susceptibles de distorsionar de manera sensible la libre competencia en el marco de las atribuciones de esta Comisión ni, en consecuencia, de afectar al interés público.

El comportamiento publicitario de YA.COM 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 protección a los consumidores y publicidad engañosa.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real