



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMUDEZ ODRIOZOLA, 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 abril de 1998, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION EN EL EXPEDIENTE SOBRE LA SOLICITUD DE ACTUACION PRESENTADA POR CADIZ DE CABLE Y TELEVISION S.A., REGION DE MURCIA DE CABLE S.A. Y VALENCIA DE CABLE S.A., EN RELACION A LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE LOS PROGRAMAS DE DESCUENTO ASOCIADOS AL SERVICIO TELEFONICO BASICO DENOMINADOS "AMIGOS Y FAMILIA INTERPROVINCIAL"

HECHOS

Primero.- Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 1998, cuya entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) ha sido registrada ese mismo día, el representante de las entidades de referencia (en adelante los solicitantes), todas ellas operadores de servicios de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones territoriales respectivas, se dirige a esta Comisión, poniendo de manifiesto la conducta de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. (en adelante TELEFONICA) en el mercado de la telefonía básica interprovincial y solicitando la intervención de la CMT a los efectos de:

- acordar la medida cautelar consistente en la orden de cesación de la actividad de promoción y comercialización de los planes de descuento, al objeto de evitar el daño que las mismas están causando.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- informar desfavorablemente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos los descuentos ofrecidos por TELEFONICA, tal y como aparecen publicitados, por ser contrarios a la competencia efectiva en el mercado de la telefonía básica de larga distancia y conculcar la posibilidad de concurrencia de otros operadores en el mercado.
- prohibir a TELEFONICA la realización de actividades de promoción y comercialización de planes de ahorro o descuentos, en tanto que los mismos no hayan sido aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.
- declarar que:
 - a. con anterioridad a la aplicación efectiva de cualquier variación de las tarifas del servicio telefónico básico para larga distancia, se debe determinar el impacto que supone en las tarifas de interconexión.
 - b. la aplicación efectiva de las variaciones en las tarifas del servicio telefónico básico para larga distancia y en las tarifas de interconexión, debe ser simultánea.
 - c. cualquier variación de las tarifas de interconexión debe ser aplicable a todas las entidades habilitadas para la prestación del servicio telefónico básico, aunque no existan contratos de interconexión firmados.

Segundo.- Tras estimar su legitimación para formular las pretensiones referidas (artículos 31.Uno, letra c, 68 y 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), así como la habilitación competencial de esta Comisión a los efectos requeridos (artículo 1, apartado 6 y apartado 2, letra c y letra f de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones; Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Telefónico Básico y de los Servicios Portadores, en su artículo 28.Uno, aprobado por Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre; artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre), las entidades solicitantes fundamentan sus requerimientos en la necesidad de que la CMT proteja la competencia en los mercados afectados, en relación con:

- la campaña publicitaria emitida por TELEFONICA.
- las nuevas tarifas solicitadas por el operador dominante.

Tercero.- A la luz de la solicitud formulada, y al amparo de las competencias otorgadas por la Ley 12/1997, de 24 de abril, y por el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, esta Comisión procedió a la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incoación de expediente administrativo conforme a las previsiones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regula el ejercicio de las funciones públicas que le han sido conferidas a la CMT.

Cuarto.- En el marco de la correspondiente instrucción, y mediante escrito con fecha 24 de marzo de 1998, fueron requeridos a los solicitantes diversos datos relativos a su composición accionarial, situación económica y ciertas partidas presupuestarias. Con idéntica fecha fue practicado asimismo un requerimiento de información dirigido a TELEFONICA, relativo a gastos y presupuestos publicitarios, así como a sus inversiones globales en telefonía básica interprovincial. Este último requerimiento fue contestado mediante escrito con entrada registrada en la CMT el 2 de abril de los corrientes. Los operadores de cable, por su parte, no han remitido la información solicitada en el plazo legalmente previsto.

Esta Comisión rechaza por incierta la afirmación contenida en el punto tercero de la contestación formulada por Telefónica al requerimiento de información según la cual la CMT fue informada antes de la emisión de la publicidad de los “Planes Claros” de que en dicha publicidad se informaba que las tarifas estaban sometidas y condicionadas a la previa aprobación.

I. EN CUANTO A LA CAMPAÑA PUBLICITARIA EMITIDA POR TELEFONICA.

I. A). Caracterización jurídica de las actividades publicitarias de operadores dominantes en términos de libre competencia.

En su escrito de referencia, las entidades solicitantes entienden que “la campaña de descuentos de TELEFONICA supone un abuso de su posición dominante ya que genera confusión en el mercado, tanto en los usuarios como en los inversores de los operadores competidores, reforzando la posición de dominio de TELEFONICA y creando barreras de entrada para los operadores competidores. De hecho, con esta campaña TELEFONICA consigue reforzar su posición de dominio, aunque al final no se aprueben los descuentos anunciados”.

Por su parte, en el informe preceptivo sobre los programas de descuento asociados al servicio telefónico básico, denominados “Amigos y Familia Interprovincial”, aprobado por el Consejo de la CMT mediante acuerdo con fecha 19 de febrero de los corrientes, se estimaba que “la publicidad de los programas anticipada a la obtención de la necesaria autorización administrativa, genera confusión en perjuicio de los usuarios a quienes puede inducirse a entender como existentes, de presente, ofertas que pueden no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llegar a concretarse, si no resultaran efectivamente aprobadas pero que, en todo caso, han podido a su vez, desencadenar un efecto de inhibición en la contratación con otros operadores”, considerando asimismo que dicho impacto inhibitor “ha podido perturbar la normal evolución del mercado con el riesgo añadido de no llegar a constituir oferta efectivamente seleccionable para dichos clientes”.

Cuando, en un mercado abierto, la publicidad efectuada por un operador dominante aparece vinculada a un posible abuso contrario a la libre competencia, nos encontramos frente a un binomio que plantea la necesidad de conciliar las inevitables y legítimas exigencias de toda economía de mercado, por una parte, y la particular responsabilidad a que se ve sujeto aquel operador que ostente una posición de dominio en un mercado cuyo entramado competitivo él mismo, por su peso específico, debilita. Así, tanto a nivel nacional como comunitario, doctrina, jurisprudencia y Comisión Europea le imponen reiteradamente un escrupuloso buen hacer, de la misma manera que insisten en la no penalización de la mera posición de dominio, sino del comportamiento abusivo (bien excluyente, bien de explotación desleal).

Esta línea de pensamiento y valoración se inscribe en la esfera de los cánones de la economía de mercado, conforme a la cual, en principio y en términos generales, toda compañía, incluso si ostenta una posición de dominio, tiene el derecho a competir activamente por todos los medios considerados legítimos. Así, se le reconoce la posibilidad de conservar y hacer uso, maximizándola, de toda ventaja competitiva que en buena ley le corresponda, incluso si sus competidores no la tienen y no pueden, desde una óptica realista, conseguirla. El juego de competir implica *per se* la existencia de un elemento de incentivo que favorece la iniciativa, la innovación, el progreso y la eficiencia (no se puede penalizar el progreso cuando éste se basa en el esfuerzo y el ingenio, sostiene la Comisión Europea en su IX Informe sobre Política de Competencia). Como contrapartida, contiene un factor selectivo de eliminación de aquellos actores que no responden a ciertos niveles de eficiencia o no se adaptan a las condiciones del mercado.

Abundando en estas manifestaciones, la doctrina comunitaria sostiene que el derecho de la competencia aplicable a las empresas no trata normalmente de crear una homogenizadora igualdad de condiciones, sino de asegurar, en un marco de lealtad de comportamientos, que las existentes no sean manipuladas de forma tal que se impida o dificulte gravemente el acceso o la permanencia de actores en el mercado.

Es en esta tesitura donde la publicidad aparece configurada, junto con el régimen de precios y descuentos, como una de las más reveladoras y sintomáticas herramientas de la estrategia competitiva. Así las cosas, ¿puede constituir una campaña publicitaria puesta en marcha por el operador dominante un abuso contrario a la libre competencia?, ¿cuándo es meramente desleal y cuándo lesiona el ámbito de ésta última?.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los precedentes jurisprudenciales en España y en la UE son escasos, como escasos son también los referentes doctrinales y la práctica de la Comisión Europea. Las campañas publicitarias suelen estar principalmente vinculadas a la esfera de la libre circulación de mercancías (artículo 30 y siguientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en adelante TCE) y libre prestación de servicios (artículos 59 y siguientes del mismo texto), de la protección de consumidores y usuarios, y de la simple deslealtad competitiva, sin adentrarse en el ámbito de aplicación de los artículos 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En el marco de la legislación española, la publicidad engañosa y la publicidad desleal constituyen, entre otras, sendas modalidades de publicidad ilícita, conforme al artículo 3 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que no establece relación alguna entre dicha ilicitud y el atentado a la libre competencia. Tampoco la introduce 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. La publicidad engañosa y la publicidad desleal de referencia en el primer texto legal 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 asimismo tanto la producción de los efectos señalados como la idoneidad para poder producirlos.

Es la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la que al vincular en su artículo 7 competencia desleal y falseamiento de la libre competencia, establece un nexo indirecto entre ésta última y publicidad. A este respecto cumple significar que se trata de un nexo cualificado además de indirecto: así, un acto de competencia desleal es en principio susceptible de constituir una vulneración (falseamiento) de la libre competencia. La efectiva infracción de ésta 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 actual o potencialmente lesionados), sino el bien público. Estas afirmaciones son ilustrativas de la trayectoria seguida al respecto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (así, resoluciones de fecha 7 de octubre de 1993 y 3 de noviembre de 1995).

La regulación comunitaria de la publicidad engañosa se inicia en 1984, con la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, que en su momento inspiró la Ley General de Publicidad y, consiguientemente, maneja los mismos conceptos y criterios de valoración, aunque, a diferencia del texto nacional, establece de forma expresa que la publicidad de referencia puede ocasionar una distorsión de la competencia. Recientemente, el legislador comunitario ha incorporado al ámbito de la citada directiva una modalidad que ya contemplaba la Ley



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

34/1988, la publicidad comparativa, mediante una nueva directiva de armonización (Directiva 97/55/CE). Conforme a este segundo texto legal, que coincide básicamente con el texto español en la caracterización de esta modalidad publicitaria, las empresas pueden verse expuestas a formas de publicidad desarrolladas por competidores a las que no pueden responder con los mismos medios, pudiendo la publicidad comparativa distorsionar la libre competencia y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores.

Al establecer un nexo directo entre publicidad engañosa-comparada y libre competencia, ninguna de las dos directivas hace referencia específica a la necesidad de impacto significativo en el mercado, en razón de lo cual se entiende que la publicidad efectuada por un operador dominante infringiría el artículo 86 del TCE si afectase al comercio intracomunitario en los términos establecidos por la teoría general del abuso.

II. B). El impacto sobre los mercados afectados : los gastos publicitarios “excesivos” y el principio de proporcionalidad.

Habida cuenta de la ya señalada escasez de precedentes jurisprudenciales, de referentes doctrinales y de práctica por parte de la Comisión Europea y el hecho, antes significado, de que las campañas publicitarias se enmarcarían principalmente en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, o no rebasarían la esfera de la simple deslealtad, el impacto sobre los mercados afectados será un criterio delimitador definitivo a la hora de determinar, como acontece en el caso que nos ocupa, si la publicidad efectuada por un operador dominante infringe o no los artículos 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989.

El precepto del TCE relativo al abuso se aplica únicamente a los comportamientos que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Conforme a la reiterada jurisprudencia del TJCE (así, sentencias de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands, Rec., pag. 207; 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec., pag. 461; 25 de octubre de 1979, Asunto 22/79, Greenwich Film c. SACEM, Rec., pag. 3275) y a la práctica habitual de la Comisión Europea, esta afectación, igualmente exigida por el artículo 85, se canalizaría fundamentalmente a través de la alteración de la estructura de la competencia.

Es a partir de la sentencia de 6 de marzo de 1974, Asunto 6-7/73, Commercial Solvents, Rec., pag. 223, cuando tanto jurisprudencia como Comisión toman en consideración no sólo los efectos sobre el flujo de intercambios, sino también, y principalmente, las consecuencias para la estructura de la competencia efectiva. Así pues y en principio, este último criterio se aplicaría especialmente a los supuestos de abuso de posición dominante. En cuanto a la medida del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efecto, no es necesario que se haya producido dicha alteración dado que se penaliza incluso la posibilidad de que así sea. Ahora bien, se trata de una posibilidad cualificada: no es suficiente la meramente especulativa, aunque se valora el efecto potencial. A los efectos de apreciar este efecto será necesario tomar en consideración la posición en los mercados afectados de las partes implicadas, así como la específica configuración de aquéllos.

Retomando el binomio publicidad – abuso de posición dominante, conviene señalar que la antes citada sentencia United Brands considera las inversiones publicitarias de gran envergadura como costes fijos de penetración del mercado, ubicándolos en la categoría de barreras a la entrada. Así mismo, la escasa práctica de la Comisión Europea al respecto se centra en el supuesto de gastos publicitarios “excesivos” (Decisión de la Comisión de 22 de julio de 1992, Nestlé/Perrier, DOCE nº L 356, de 5 de diciembre de 1992), enmarcado en el contexto de las barreras a la entrada a nuevos competidores. Efectivamente, se trata de un obstáculo resultante del comportamiento restrictivo de una empresa ya instalada en el mercado, que tendría por objeto reforzar la fidelidad de los clientes, exponiendo a potenciales competidores no sólo a la necesidad de efectuar elevadas inversiones, sino también probablemente a un proceso de posicionamiento en el mercado más lento y difícil, al tener que hacer frente hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña (tanto la cuantía como la prolongación en el tiempo de estas inversiones originan una escasa flexibilidad en la demanda).

A ello se suma el riesgo evidente al que se ven sujetos los nuevos entrantes: publicidad y promoción implican unos costes iniciales de penetración del mercado no recuperables en caso de fracasar en el mercado. Llegados a este punto conviene significar que, en un mercado abierto, la publicidad es un arma competitiva de gran importancia que se convierte en imprescindible cuando ese mercado ha estado tradicionalmente sometido a estructuras monopolísticas, pues en ese caso, cuando exista intercambiabilidad de productos o servicios, el efecto fidelizador de una campaña económicamente excesiva se lograría con mayor facilidad como consecuencia de los hábitos generados y mantenidos de forma prolongada en el tiempo.

En razón de lo expuesto, gastos “excesivos” serían pues aquellos que expusiesen a potenciales competidores a las situaciones descritas. La catalogación de una inversión publicitaria como “excesiva” requerirá necesariamente una valoración de la situación económica de los actores afectados.

Abundando en el análisis del exceso en las inversiones publicitarias como conducta susceptible de resultar abusiva, procede señalar a título de fundamentación adicional, que tal exceso no operaría únicamente como barrera a la penetración de los mercados afectados por parte de nuevos entrantes, sino que reflejaría además una ineficiencia en costes: efectivamente, esos gastos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

publicitarios, efectuados con cargo a ingresos precedentes de las arcas del monopolio, repercutirían necesariamente sobre los costes directos de la empresa anunciante, lo cual tendría a su vez un reflejo negativo en los precios aplicables al usuario.

No existen precedentes jurisprudenciales ni práctica de la Comisión Europea que sirvan de referente a la hora de determinar si la falta de diligencia, la ausencia de buen hacer o la pereza voluntarias (lo que la doctrina comunitaria denomina “la vida fácil”) pueden constituir una conducta abusiva, pues hasta el momento actual han sido las acciones, más que las omisiones, los comportamientos analizados. No obstante, tanto el marco regulador comunitario como el nacional, al prohibir el abuso de posición dominante prohíben la limitación de la producción, el mercado o el progreso técnico en perjuicio de los consumidores. Como se ha visto, no está en la naturaleza del derecho de la competencia alentar situaciones de ineficiencia, dados el mecanismo de natural selección y las exigencias de optimización inherentes a todo libre mercado, la no prohibición de las posiciones de dominio en sí mismas y la no penalización del fortalecimiento de una compañía como consecuencia de un legítimo buen hacer, como ilustran reiteradamente la doctrina y jurisprudencia comunitaria y nacional.

No debe olvidarse, por otra parte, la condición legislativamente amparada de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como regulador del sector: desde esta óptica, cumple significar que está en el interés de la CMT y en el ámbito de sus funciones y competencias el garantizar que los agentes del mercado optimicen, en beneficio último de los usuarios, las condiciones en las que operan, perteneciendo a esta categoría los costes manejados por los suministradores de redes y los prestadores de servicios de telecomunicaciones que disfrutan de una posición de dominio en los mercados de referencia.

La cuestión del exceso en el gasto enlaza con un criterio a veces utilizado para determinar la existencia de comportamiento abusivo: el principio de proporcionalidad. La anteriormente citada sentencia *United Brands* considera que la existencia de una posición dominante no puede en principio privar a la empresa que la ostenta de velar por sus intereses comerciales cuando estos son atacados. Es más, estaría legitimada para adoptar, en un grado razonable, las medidas que estime oportunas a tales efectos. Sin embargo, esta actuación no sería admisible cuando tiene por objeto el reforzamiento de la posición de dominio y el abuso de la misma. La legitimidad de la respuesta queda pues condicionada a su proporcionalidad a la amenaza, en función del poder económico de las partes implicadas. Desde el momento en que, como ya se ha indicado anteriormente, no se penaliza la posición dominante como tal, y la Comisión Europea considera (respuesta a la pregunta escrita nº 385/75 de M. Scholten, DOCE, serie C 285, de 13 de diciembre de 1975) el aumento del poder de mercado de una empresa como consecuencia de su crecimiento interno no constituye una conducta abusiva, sería necesario verificar si dicha conducta provoca o puede provocar, la supresión de terceros competidores en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el mercado, o por el contrario revela una especial eficiencia, una mayor capacidad de innovación, una particular idoneidad para responder a las necesidades del cliente. Consiguientemente, y a fin de no penalizar situaciones de buen hacer empresarial, los nuevos entrantes habrán de tener el tamaño que, con arreglo a los criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, se considere mínimamente adecuado para poder competir de modo eficiente en el mismo.

Vuelve por tanto a plantearse la cuestión con la que se iniciaba el apartado I de la presente resolución, a saber, la inevitable tensión entre las prerrogativas inherentes a toda economía de mercado y la particular responsabilidad exigida a quien ostenta una posición de dominio, configurándose pues el principio de proporcionalidad como garantía de ese frágil pero necesario equilibrio. Esta es la línea que siguen sentencias comunitarias como las de 21 de marzo de 1974, Asunto BRT c. SABAM, Rec., pag. 313, y de 16 de diciembre de 1975, Asunto Suiker Unie e.a., Rec., pag. 1663, así como la Comisión Europea en su decisión de 29 de julio de 1987, BBI / Boosey & Hawkes, DOCE nº L 286, de 9 de octubre de 1987.

¿Existe abuso de posición dominante o no se llega a traspasar el ámbito de la mera deslealtad? : éste es el dilema que plantea la petición de actuación presentada ante esta Comisión por los operadores de cable solicitantes.

Llegados a este punto conviene significar que esta Comisión no se pronuncia en la presente resolución sobre la ilicitud de la publicidad de referencia a título principal, correspondiendo tal suerte de pronunciamiento a los tribunales ordinarios, sino que lo hace a título incidental, en el marco de su condición, legislativamente amparada, de garante de la libre competencia en el sector español de las telecomunicaciones, y a los efectos principales de determinar si la actividad publicitaria objeto de consideración constituye o puede constituir un abuso de posición dominante en atención a la entidad de su eventual impacto sobre los mercados relevantes.

Habida cuenta, como se ha expuesto a lo largo de esta resolución, de la importancia, en un mercado abierto, de la publicidad como herramienta competitiva, y del legítimo derecho de TELEFONICA a velar por sus intereses y a competir activamente, es determinante verificar el efecto de la publicidad de referencia sobre la estructura de competencia de los mercados afectados, a saber, la prestación del servicio de telefonía básica interprovincial en las demarcaciones territoriales para las que las entidades denunciantes disponen de título habilitante.

A la luz de las consideraciones anteriormente esgrimidas en torno al binomio publicidad-abuso de posición dominante, y enlazando con una de las alegaciones aducidas en su escrito por los solicitantes, la apreciación del mencionado efecto estaría ligada, en el supuesto que nos ocupa, a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada, erigidas éstas por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFONICA mediante la realización de gastos “excesivos” en su campaña publicitaria. Como ya se ha puesto fundadamente de manifiesto, el criterio determinante a tales efectos es la proporcionalidad del montante invertido respecto a la situación económica del nuevo entrante, de tal suerte que éste no se vea expuesto a cantidades desorbitadas, en términos relativos, cuyo desembolso no podría afrontar al objeto de introducirse en el mercado afectado o de actuar en él en condiciones no gravosas, viéndose privado de un legítimo margen de respuesta.

Extrapolando estas formulaciones de principio al marco concreto planteado por los operadores de cable solicitantes, a la luz de las informaciones y datos de que dispone esta Comisión resultaría que la capacidad para competir y el respaldo financiero con el que dichas entidades cuentan serían suficientemente sólidos como para que no resulten sensiblemente expuestas a la situación de indefensión, en términos de estrategia competitiva, que ha sido descrita con anterioridad. Se entiende pues no existiría una barrera de entrada contraria a las exigencias de la libre competencia.

Por las fechas en que fue lanzada, por las características de las ventajas ofrecidas e incluso por el nombre con la que se dio a conocer en prensa, parece que la publicidad objeto de valoración estaría dirigida a su actual competidor en el segmento de la telefonía básica interprovincial en todo el territorio nacional, a fin de hacer frente a la situación creada por el nuevo entorno competitivo, sin que ello pudiera enmarcarse en la esfera de una reprochable fidelización, relevante en términos de abuso, sino que se trataría más bien de una medida de protección de sus intereses comerciales. Enlazando esta consideración con lo manifestado respecto a las inversiones efectuadas, resultaría que éstas no serían sino una manifestación de la eficiencia y de la capacidad de TELEFONICA para mejorar las condiciones ofrecidas al cliente, extremo éste en absoluto reprochable en términos de competencia efectiva.

En cuanto al posible efecto inhibitor, aducido en el escrito de solicitud, que condicionase el comportamiento del usuario de cara a la contratación de otros competidores, se considera que podría producirse con un grado de probabilidad tal que no estaríamos ante una mera especulación, sino ante un efecto potencial relevante en términos de aplicación de los artículos 86 del TCE y 6 de la Ley 16/1989. Las características de la campaña, de fuerte impacto, y de las ventajas ofrecidas, la intercambiabilidad del servicio objeto de prestación, así como la facilidad añadida de no tener que contratar con otro operador cuando aquél del que se ha dependido siempre ofrece condiciones suficientemente atractivas, son todos ellos factores que hacen de la publicidad de referencia un medio objetivamente idóneo para producir la citada inhibición. Sin embargo, dada la condición, ya referida y fundamentada, de esta campaña de publicidad como legítima respuesta en el nuevo entorno competitivo y como instrumento empresarial revelador de un no censurable buen hacer empresarial, cumple significar que el impacto de tal inhibición, de producirse,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carecería de la relevancia necesaria a los efectos requeridos por la normativa comunitaria y española de competencia.

Finalmente, las entidades de continua referencia solicitan se prohíba a TELEFONICA “la realización de actividades de promoción y comercialización de planes de ahorro o descuentos, en tanto que los mismos no hayan sido aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”. A estos efectos cumple significar que nada en el Contrato del Estado con “Telefónica de España, Sociedad Anónima”, de 26 de diciembre de 1991, ni en la legislación sectorial de telecomunicaciones que establece los mecanismos de modificaciones tarifarias (a saber: el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, en su artículo 16 en relación con el Anexo I; la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en su artículo 7, que modifica el artículo 16.Uno, letra g) de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones; el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Final Telefónico Básico y de los Servicios Portadores, en su artículo 28, aprobado por el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre) permitiría imponer al operador dominante una obligación en tal sentido. Sería quizás exigible conforme a las previsiones de la legislación en materia de publicidad, protección de consumidores y usuarios y competencia desleal, si bien estos son ámbitos ajenos a las competencias y funciones de esta Comisión.

Sin embargo, dada la ya referida condición de los comportamientos desleales, categoría ésta a la que pertenece la publicidad engañosa, de susceptibles de constituir un abuso de posición dominante cuando revisten una especial entidad, como se ha visto, esta Comisión entiende sería deseable que las campañas publicitarias de los operadores dominantes sobre planes de descuento o ahorro contasen, antes de su lanzamiento, con la preceptiva autorización de referencia.

II. EN CUANTO A LOS DESCUENTOS OBJETO DE PUBLICIDAD.

Las entidades solicitantes requieren a la CMT que “informe desfavorablemente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos los descuentos ofrecidos por Telefónica, tal y como aparecen publicitados, por ser contrarios a la competencia efectiva en el mercado del servicio de telefonía básica de larga distancia y conculcar la posibilidad de concurrencia de otros operadores en el mercado”.

Con arreglo al ya citado informe preceptivo elaborado por esta Comisión, “desde el punto de vista de la salvaguarda de la competencia, esta Comisión no aprecia circunstancias que pudieran determinar abusos de posición de dominio por parte de Telefónica con la creación de barreras de entrada de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nuevos operadores o reforzamiento de su posición en el mercado una vez introducidas las modificaciones que en el cuerpo de este informe se señalan”.

Al margen de cautelas con respecto a la relación de las tarifas finales con las de interconexión y en lo referente a la publicidad de la oferta, este informe favorable se fundamenta en la posibilidad de que los competidores igualen la oferta sin afectar su viabilidad, conclusión ésta que se alcanza tras un análisis de los márgenes de operación.

“El hecho de que una compañía dominante, tanto en el mercado de la materia prima como en el de su correspondiente producto derivado, mantenga un margen entre el precio que cobra por la materia prima a las compañías que compiten con ella en la fabricación del producto derivado y el precio que cobra por el producto derivado, insuficiente para reflejar los propios costes de transformación de la compañía dominante (...), con el resultado de que se restringe la competencia en relación con el producto derivado, es un abuso de posición dominante” (Decisión de la Comisión de 18 de Julio de 1998 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del TCE, Asunto nº IV/30.178 Brown-British Sugar).

Dos de los cuatro programas propuestos por TELEFONICA (los programas joven y para núcleos familiares) ofrecen descuentos del 10% para llamadas interprovinciales (a un máximo de 10 números) efectuadas entre las 8 y 21 horas de lunes a sábados. Las tarifas resultantes igualan las tarifas ofertadas por RETEVISION en estos tramos horarios para llamadas típicas de 3 minutos (la oferta del segundo operador es algo mejor para llamadas más cortas y al contrario para llamadas más largas). Los descuentos que se ofrecen para días festivos y entre 21 y 8 horas de lunes a sábado van desde un 35% hasta un 60% dependiendo de los programas (35% en el programa joven, 40% para núcleos familiares, 50% en el programa regional y 60% en el programa oro). Aunque estos descuentos son mayores que los ofrecidos por RETEVISION (en torno al 10%), dejan todavía un margen significativo, y que se considera suficiente, en relación con los precios de interconexión: desde 3 pesetas/minuto hasta unas 13 pesetas/minuto dependiendo de los descuentos.

Asimismo, las entidades de referencia solicitan la adopción de determinadas medidas relativas a las tarifas de interconexión, a saber:

- Con anterioridad a la aplicación efectiva de cualquier variación de las tarifas del servicio telefónico básico para larga distancia, se debe determinar el impacto que supone en las tarifas de interconexión.
- La aplicación efectiva de las variaciones en las tarifas del servicio telefónico básico para larga distancia y en las tarifas de interconexión, debe ser simultánea.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Cualquier variación de las tarifas de interconexión debe ser aplicable a todas las entidades habilitadas para la prestación del servicio telefónico básico, aunque no existan contratos de interconexión firmados.

El informe favorable emitido por la CMT sobre los Planes de referencia, no obsta para que en el mismo se ponga de manifiesto que “desde el punto de vista del impacto de los Programas en los acuerdos de interconexión, deberá considerarse que la rebaja de precios constituye mejora en la eficiencia de la compañía y reflejarse de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de Telefónica, en dichos acuerdos”. Esta declaración tiene su antecedente en la Resolución del expediente sobre el Plan de Ahorro en el Servicio Telefónico Básico para ámbitos Provincial, Interprovincial e Internacional, donde se afirma que “un descuento en los precios finales de los servicios de larga distancia debería venir acompañado inexorablemente de la correspondiente reducción o descuento equivalente en los precios de interconexión que ofrece a los operadores”.

Si bien la estructura de costes para servicios de detalle o finales y para servicios al por mayor o de interconexión no es exactamente la misma, está ciertamente relacionada.

La relación en el caso del plan de ahorro era clara puesto que se hablaba de descuentos por volumen que reflejaban economías de escala también presentes en el encaminamiento de tráfico de interconexión. A ello se unía el hecho de que las condiciones de interconexión de la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1997 sobre interconexión se regularan de acuerdo con y como reflejo de la estructura tarifaria existente, hecho al que se aduce en el informe que nos ocupa sobre los planes “Amigos y Familia Interprovincial”. De ahí que en el informe se señale que “cualquier oferta de Telefónica en el marco de la misma estructura tarifaria, que suponga unos precios de distribución inferiores, deberá ser considerada como una mejora en la eficiencia de esta compañía, y reflejada (de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de Telefónica) en una nueva oferta de interconexión a los otros operadores”.

La diferencia entre la estructura de costes del servicio de interconexión y del servicio final reside en la imputación de una serie de costes al servicio final y que son ajenos al servicio de interconexión, como por ejemplo son los costes de cobro y facturación y ciertos costes de publicidad. De aquí que mejoras, por ejemplo, en la eficiencia de las labores de cobro y facturación no tienen por qué trasladarse a las tarifas de interconexión.

Por otro lado, las tarifas finales no tienen por qué ajustarse a los costes marginales, ni siquiera en un mercado en competencia. Las telecomunicaciones son un sector donde abundan las sinergias o costes comunes entre distintos tipos de servicios así como los costes fijos o economías de escala. Esto ofrece una flexibilidad tremenda a los operadores en el establecimiento de precios, que pueden legítimamente emplear los precios como un aspecto diferenciador y diversificador de sus productos y que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incentiva a la innovación, como está ocurriendo el mercado de la telefonía móvil. En condiciones de competencia (y a veces, incluso, en condiciones de menor competencia), estas técnicas benefician tanto al proveedor, por su capacidad diferenciadora, como al consumidor, en cuanto que permiten ofrecer al consumidor una gama más amplia de productos con la posibilidad de que el consumidor encuentre una oferta más adecuada a sus necesidades.

En definitiva, la flexibilidad en el establecimiento de los precios es en sí positiva siempre y cuando, claro está, se tenga control sobre prácticas que atenten contra la libre competencia como son las subvenciones cruzadas u otras prácticas discriminatorias que pongan al operador dominante en clara y desleal ventaja sobre terceros operadores. Es en este sentido que es clave el control de estas situaciones a través del acceso a la contabilidad de los operadores dominantes y, en este caso, TELEFONICA, que está obligada a publicar sus resultados y contabilidad haciendo uso del criterio de separación contable.

En virtud de todo lo expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las funciones reconocidas en el artículo 1.Dos, apartado 2, letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

Primero. Que la campaña publicitaria de referencia no constituiría una vulneración de la libre competencia en términos de abuso de posición dominante, sino, en su caso, y de conformidad con lo que resuelva el órgano competente, un supuesto de competencia desleal. En consecuencia, y por motivos de habilitación competencial y funciones propias de la CMT, no corresponde a esta Comisión, en relación a esa eventual deslealtad de comportamiento, pronunciarse a título principal ni adoptar medida alguna al respecto.

Segundo. Que, consiguientemente, no habría lugar la adopción de la medida cautelar instada.

Tercero. Que no procede que esta Comisión imponga a TELEFONICA la prohibición de promocionar y comercializar planes de ahorro o descuento sin la previa aprobación de los mismos por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, siendo sin embargo deseable que dicha suerte de actuaciones cuenten con la referida autorización antes de su articulación en el mercado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto. Que los planes propuestos no representan un abuso de posición dominante y que no son, por lo tanto, contrarios a la libre competencia en el mercado de telefonía básica de larga distancia y, en particular, en el sector residencial al que van dirigidos los planes propuestos. No se aprecia que estos planes conculquen la entrada de otros operadores en el mercado, mercado en el que se observa un progresivo desmoronamiento de las barreras de entrada gracias a los avances de tecnología y al marco normativo de interconexión.

Quinto No procede declarar que con anterioridad a la aplicación efectiva de cualquier variación de las tarifas del servicio telefónico básico para larga distancia, se debe determinar el impacto que supone en las tarifas de interconexión dado que la CMT, como resulta de los informes elaborados hasta la fecha respecto de diferentes planes de descuentos, lo que hace es examinar cada plan de descuentos para valorar la oportunidad de sugerir que dado su impacto resultaría conveniente la modificación de las tarifas de interconexión, pero sin que ésto signifique que para cada plan de descuentos necesariamente deban modificarse dichas tarifas.

En este sentido y respecto de los denominados “Planes Claros” de Telefónica, esta Comisión informó a la Secretaría General de Comunicaciones que desde el punto de vista del impacto de los programas en los acuerdos de interconexión, deberá considerarse que la rebaja de precios constituye mejora en la eficiencia de la compañía y reflejarse en dichos acuerdos de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de Telefónica.

Sexto. Que las previsiones de la Orden Ministerial de 18 de marzo, sobre condiciones y tarifas de interconexión, establecen una serie de condiciones que tienen un carácter subsidiario en relación a contratos firmados o por firmar, esto es, una oferta de mínimos, para todos los operadores entrantes en el mercado del servicio telefónico básico.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.Cinco de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.Dos 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.

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.Ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola