

## RESOLUCIÓN (Expte. 456/99 RETEVISIÓN/TELEFÓNICA)

### Pleno

Excmos. Sres.:  
Petitbò Juan, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Hernández Delgado, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 8 de marzo de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 456/99 (1787/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia de 2 de abril de 1998 de D. José Manuel García-Mon Benayas, en nombre de RETEVISION, S.A. (RETEVISIÓN, en adelante), en el que se formula denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (TELEFÓNICA, en adelante) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de Julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en

- desarrollar una estrategia planeada y premeditada destinada a obstaculizar e impedir la entrada en el mercado y el establecimiento del nuevo operador RETEVISIÓN, en particular mediante el desarrollo de una campaña publicitaria de unos planes de descuento no autorizados con la finalidad de bloquear la contratación de servicios del nuevo operador, que constituiría un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC,
- utilizar, para el diseño y desarrollo de la citada campaña, información sobre la evolución de su competidor, a la que TELEFÓNICA tiene acceso dada la actual situación del mercado español de la telefonía básica y, en particular, del denominado “acceso indirecto” a través del cual presta RETEVISIÓN sus servicios, que constituiría igualmente un posible abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC,

- y desarrollar una campaña publicitaria engañosa al publicitar unos productos que no existían, que no habían sido aprobados y que, de hecho, finalmente no fueron aprobados en los mismos términos de su inicial comercialización, lo que constituiría un posible acto prohibido de competencia desleal al que sería de aplicación la prohibición del artículo 7 de la LDC.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El Servicio consideró que era necesario llevar a cabo, en el marco de la instrucción de la información reservada (artículo 36.2. LDC), como acto previo a la posible incoación de expediente sancionador, una investigación domiciliar de las previstas en los artículos 33 y 34 de la LDC en las sedes de TELEFÓNICA y de la agencia de publicidad BASSAT, OGILVY & MATHER (Bassat, en adelante) (folios 72 a 482 expdte. SDC).
2. Estimando, tras la información reservada, que existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, el Servicio, con fecha 29 de abril 1998, decidió la apertura de expediente sancionador con el nº 1787/98, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 6 y 7 de la LDC. (folios 483 a 487 expdte. SDC)
3. Con fecha 2 de septiembre de 1998, el Servicio procedió a formular el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos susceptibles de constituir infracción de la LDC (folios 798 a 820 expdte. SDC). En el mismo, además de los Hechos Acreditados y su valoración, se efectúa una descripción de la regulación del mercado y se acomete la delimitación del mercado relevante.
4. El 8 de abril de 1999 tuvo entrada en el Tribunal el Informe-Propuesta del Servicio previsto en el artículo 37.3 LDC, junto con el expediente sancionador 1787/98.
5. El 13 de abril de 1999 los Vocales Sres. Castañeda Boniche y Pascual y Vicente comunicaron al Pleno su abstención por concurrir en ellos la causa consignada en la letra c), en relación con la b), del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
6. Por Auto de 3 de mayo de 1999 el Tribunal admitió a trámite el expediente, asignándole el número 456/99, poniéndolo de manifiesto a

los interesados, a fin de que pudieran proponer las pruebas que estimaran necesarias y solicitar la celebración de Vista, en los términos del artículo 40 LDC.

7. Retevisión, en escrito de 27 de mayo de 1999, y Telefónica, en escrito de 7 de junio de 1999 solicitaron las pruebas que consideraron oportunas. En sus respectivos escritos, Retevisión no consideraba necesaria la vista oral, mientras que Telefónica interesaba su celebración.
8. Por Auto de 29 de septiembre de 1999 el Tribunal resolvió sobre la procedencia de las pruebas solicitadas por las partes.
9. El 15 de octubre de 1999 Telefónica aportó los documentos de prueba que le habían sido requeridos por el Tribunal, solicitando que, parte de ellos, por constituir secretos de negocios, fueran declarados confidenciales al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC.
10. El 20 de octubre de 1999, en presencia de las partes, se practicó la prueba testifical que había sido solicitada por Telefónica S.A.
11. El 20 de octubre de 1999 Retevisión aportó los documentos de prueba que le habían sido requeridos por el Tribunal, solicitando que, parte de ellos, por contener secretos comerciales, fueran declarados confidenciales al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC.
12. Por Providencia de 8 de noviembre de 1999 se trasladó a las partes las solicitudes de confidencialidad para que manifestasen, en el plazo de cinco días, cuanto a su derecho pudiera convenir manteniendo, mientras tanto, en pieza separada del expediente la documentación correspondiente.
13. Telefónica, en escrito de 18 de noviembre, presentó alegaciones señalando la improcedencia de la solicitud de confidencialidad de Retevisión y la procedencia de mantener la confidencialidad de los documentos aportados por Telefónica.
14. Por auto de 1o de diciembre de 1999 se comunicó a las partes que el Tribunal no consideraba procedente declarar la confidencialidad de los documentos aportados y que éstos quedaban incorporados al expediente, poniendo de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba, dando plazo para alegaciones y convocando la vista que prevé el artículo 41 LDC.

15. El 10 de enero de 2000 se recibieron en el Tribunal las alegaciones de Telefónica, quien aportó, además, el 26 de enero de 2000 un Informe Económico sobre la campaña publicitaria objeto de este expediente.
16. La Vista se celebró a las 10 horas del día 27 de enero de 2000, concluida la cual los representantes de las partes entregaron la *instructa* de sus intervenciones.
17. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 22 de febrero de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
18. Son interesados:

RETEVISIÓN S.A.  
TELEFÓNICA S.A

### **HECHOS PROBADOS**

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. TELEFÓNICA, S.A. (antes TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.) es el primer operador de telecomunicaciones del mercado español, con una facturación en 1996 y 1997 por el servicio telefónico básico de 1.223 y 1.340 miles de millones de pesetas, respectivamente (Informe Anual de TELEFÓNICA 1997, folios 128 a 227 expdte. SDC)
2. RETEVISIÓN S.A es el segundo operador de telefonía básica en el mercado nacional, en el que comenzó a prestar sus servicios de telefonía básica de alcance interprovincial e internacional el día 23 de enero de 1998, a través del denominado sistema de gestión indirecta, mediante la utilización, previa contraprestación, de las redes de Telefónica para el encaminamiento de las llamadas de sus abonados.
3. El mercado de las telecomunicaciones ha experimentado en los últimos años un proceso de liberalización progresiva, culminando en 1998 con la apertura a la competencia del mercado de la telefonía básica.

El desarrollo de este proceso ha supuesto el paso de los servicios objeto del Contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica de 26 de diciembre de 1991, que se atribuían a Telefónica en condiciones de

monopolio, al régimen de competencia plena o restringida.

En particular, el R.D. Ley 6/1996, de 7 de junio, y la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones, que derogó al anterior, otorgaron a Retevisión el título habilitante para prestar el servicio telefónico básico urbano, interurbano e internacional, así como el servicio portador soporte del mismo.

La transición desde una situación de monopolio legal a otra de libre competencia en este sector basado en la prestación de servicios a través de redes, requiere una regulación que asegure la entrada a los nuevos operadores en condiciones competitivas ya que, de otra forma, se enfrentarían a un mercado no expugnable.

De esta regulación forman parte las normas antes citadas así como el R.D. 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores y por la Orden del Ministerio de Fomento, de 18 de marzo de 1997, por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante. El desarrollo legislativo culmina con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

De este conjunto de disposiciones destacan los siguientes aspectos:

- El operador dominante, en este caso Telefónica, debe someter a autorización previa sus tarifas del servicio telefónico básico y las de interconexión para la prestación del mismo. Esta autorización compete a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT, en adelante) (artículo 16 del R.D.L. 7/1996 y artículo 28 del R.D. 1912/1997).
- El operador dominante propietario de la red básica debe permitir el acceso a la misma en condiciones transparentes, no discriminatorias, objetivas, igualitarias, y proporcionales a las condiciones de las que disfruta el propio titular de la red (artículo 2.8 del R.D.L. 6/1996, artículo 18 del R.D. 1912/1997 y artículo 22 de la Ley 11/1998).
- En un sector en el que resulta imprescindible la utilización de redes, la aplicación de los principios de la libre competencia exige

la creación de operadores con una masa crítica mínima (Exposición de Motivos del R.D.L. 6/1997).

4. El artículo 4 y la disposición transitoria tercera del R.D. 1912/1997 señalan que Telefónica es operador dominante en la prestación del servicio telefónico básico.

El artículo 38.1 y la disposición adicional tercera de la Ley 11/1998 establecen que Telefónica es operador dominante a los efectos de la prestación del servicio universal. El servicio universal se define en el artículo 37 como *“el conjunto definido de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible”*

Además, Telefónica es el operador propietario de la red básica de telecomunicaciones y controla, por lo tanto, el acceso a una instalación necesaria para la prestación de servicios en el mercado relevante.

5. Telefónica aprobó en junio de 1997 un conjunto de acciones estratégicas de cara a la apertura del mercado, en reunión del Comité de Dirección el día 23 de junio de 1997 y formalizadas en reunión del día 22 de septiembre (folios 522, 523 a 525 y 526, versiones censuradas de los folios 91, 97 a 99 y 101 expdte. SDC).

Estas acciones estaban compuestas por: la creación de una base de datos de los clientes, un grupo de productos, no definidos, denominados Bonos y Paquetes de Tráfico y la realización de una serie de estudios de mercado.

6. Los productos denominados Bonos y Paquetes de Tráfico, estaban concebidos para fomentar el consumo en los tramos de tráfico provincial, interprovincial e internacional (folio 523, versión censurada del folio 97 expdte. SDC).

Telefónica elaboró un estudio de mercado previo al lanzamiento de estos productos para conocer el potencial de motivación con respecto a las diferentes ofertas, así como los ejes de comunicación más adecuados para favorecer su aceptación (folio 524, versión censurada del folio 98 expdte. SDC).

Telefónica ha elaborado diversos estudios para el análisis del mercado de la Unidad de Negocio de Gran Público para conocer los distintos segmentos de los que se compone el mercado, así como su

potencialidad en las distintas áreas de negocio (folio 522, versión censurada del folio 91 expdte. SDC).

En la relación de ficheros activos de Telefónica inscritos en el Registro General de Protección de Datos se comprueba cómo Telefónica dispone de ficheros del mercado segmentado en función del consumo histórico. De esta forma, el fichero inscrito con el nombre Segmentación de Mercados tiene la siguiente descripción y finalidad (folio 752 expdte. SDC):

*“Descripción: Información acumulada de facturación de los principales clientes de TELEFÓNICA.*

*Finalidad: clasificación de los clientes de TELEFÓNICA en función de su facturación con objeto de prestar tratamiento comercial diferenciado”*

7. Telefónica trató de lanzar, en septiembre de 1997, una serie de productos comercializados como los Planes Personales. Se trataba de productos basados en descuentos a determinados colectivos de usuarios para incentivar el consumo. Se encuadran dentro de los productos aprobados en junio con el nombre genérico de Bonos y Paquetes de Tráfico. Los Planes Personales fueron paralizados por la CMT poco después de su lanzamiento publicitario, ante la inminente liberalización del mercado dado su carácter discriminatorio, al poder producir un efecto de fidelización en determinados grupos de clientes, estar ligados al consumo personal y por suponer una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado.
8. La Dirección de Mercados de la CMT señaló que los *Planes Personales* podrían tener los siguientes efectos (folio 720 expdte. SDC): *“I) Creación de un vínculo de dependencia para los clientes con respecto a TELEFÓNICA. II) Creación de impedimentos de entrada de operadores en el mercado español de telefonía de larga distancia. III) Discriminación en la aplicación a terceros de condiciones desiguales para prestaciones idénticas. IV) Reforzamiento de la posición de dominio de TELEFÓNICA”.*
9. En diciembre de 1997, tras la paralización de los *Planes Personales*, Telefónica preveía la posible utilización activa de paquetes de consumo, no definidos en ese momento, para incentivar el consumo, recuperar parte de la clientela migrada a la competencia y evitar la selección ocasional de operadores de la competencia por parte de los clientes retenidos, una vez se liberalizase el mercado, tal y como se recoge en un documento denominado *“Estrategias Alternativas 98-2000”*, de 20 de diciembre de 1997 (folios 760, 761 y 763, versiones

censuradas de los folios 672, 677 y 681 expdte. SDC).

10. Retevisión comenzó a promocionarse en el mercado español el 9 de enero de 1998 a través de una campaña de publicidad, cuyos símbolos más visibles eran la frase *“Por fin hay alguien al otro lado”* y el anuncio de *“La Cabina telefónica”*. Posteriormente, el día 16 de enero anunciaba la posibilidad de obtener información y de apuntarse a sus servicios a través del número 015. Y finalmente, el día 23 de enero, comenzó a ofrecer la posibilidad de utilizar sus servicios, mediante la marcación del prefijo 050 para el encaminamiento de las llamadas (folio 694 expdte. SDC).
11. El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una nueva oferta de productos denominados *Los Planes Claros*.

Estos planes consistían en distintos paquetes de descuento para las llamadas interprovinciales e internacionales en horarios determinados, que llegaban hasta el 60%. La descripción de los mismos efectuada en su folleto publicitario (folios 416 a 419 expdte. SDC) es la siguiente:

*“Los Planes Claros de Descuento de TELEFÓNICA son cinco programas totalmente gratuitos y personalizados, diseñados a la medida de nuestros clientes: Plan 5 Estrellas, Plan&Rock, Plan Hello!, Plan Comunidad y Plan 3 en casa.*

*Los descuentos se realizan sobre las llamadas a los números de teléfono que el cliente elige, con un máximo de 10. Así, los hogares conseguirán un gran ahorro en las llamadas a familiares y amigos residentes en otras provincias y en el extranjero, y los profesionales podrán reducir sustancialmente sus costes de telecomunicaciones.*



<i>Los planes claros</i>	<i>Tipo de llamadas</i>	<i>Tipo de descuento</i>	<i>Horario</i>	<i>A quién va dirigido</i>
<i>Plan 5 Estrellas</i>	<i>Interprovincial</i>	<i>60%</i>	<i>De 21h. a 8h.</i>	<i>Mayores de 60 años</i>
<i>Plan &amp; Rock</i>	<i>Interprovincial</i>	<i>35% 10%</i>	<i>De 21h. a 8h. De 8h. a 21h.</i>	<i>Menores de 35 años</i>
<i>Plan Hello!</i>	<i>Internacional</i>	<i>40% 10%</i>	<i>De 22h. a 8h. De 8h. a 22h.</i>	<i>Todos los clientes</i>
<i>Plan Comunidad</i>	<i>Interprovincial (misma comunidad autónoma)</i>	<i>50%</i>	<i>De 21h. a 8h</i>	<i>Todos los clientes</i>
<i>Plan 3 en casa</i>	<i>Interprovincial</i>	<i>40% 10%</i>	<i>De 21h. a 8h. De 8h. a 21h.</i>	<i>Hogares con más de 3 personas</i>

12. *Los Planes Claros* fueron objeto de publicidad desde el 5 de febrero hasta el 5 de marzo.

En una nota informativa de Telefónica de 5 de febrero de 1998 (folio 75 expdte. SDC), se señala:

*“La campaña comercial tiene su cara más visible en un amplio despliegue publicitario y de marketing que -con una inversión cercana a los 1.500 millones de pesetas- comienza hoy mismo con los primeros anuncios de televisión. Bajo el lema genérico de “Los Planes Claros. Tú decides”, la campaña de publicidad -de una creatividad muy impactante y original - se desarrollará de forma masiva en los principales medios escritos, en horarios de máxima audiencia en televisión y en radio. La campaña ha sido creada por Bassat, Ogilvy & Mather y tendrá una duración de un mes”.*

En el folleto publicitario mencionado en el AH 10, se recoge:

*“Para que todos nuestros clientes conozcan los Planes Claros de TELEFÓNICA, hemos desarrollado una campaña de comunicación muy popular. Capaz de llegar a toda la sociedad con un recurso universal: el humor. Así trasmitimos nuestro mensaje de forma sencilla y contundente.*

*En la campaña publicitaria, un personaje aparece en distintas situaciones y presenta cada uno de los planes utilizando un lenguaje coloquial. La campaña consiste en:*

- *7 spots de televisión [...] Estos spots se incluirán en todas las televisiones nacionales y autonómicas.*
- *originales de prensa con el mismo personaje, reforzando las situaciones de la campaña televisiva.*
  - *cuñas de radio ...*
  - *carteles, folletos y expositores para informar al público en todas las Tiendas TELEFÓNICA.”*

En el documento que recoge la Presentación de la campaña a la red de ventas (folios 663 a 667expdte. SDC), efectuada el 4 de febrero, se alude a la intensidad de la misma diciendo:

*“El lanzamiento de esta gran oferta va a estar soportado por una intensa y clara campaña de publicitaria en todos los medios, haciéndose mención a los cinco planes de ahorro y a los productos “llámame gratis” y “servicio de mantenimiento integral”. La campaña que ahora veréis saldrá al aire mañana día 5 al mediodía con una intensidad sin precedentes y una contundencia y claridad que podréis comprobar.”*

13. En el año 1997 y primer trimestre de 1998, Telefónica realizó las 38 campañas publicitarias que se indican en el Cuadro 1 con un coste medio por campaña de 285 millones de pesetas. La campaña de los *Planes Claros* tuvo un coste de 1.494 millones de pesetas, correspondiendo de esta cifra la cantidad de 271 millones a la publicidad de *Los Planes Claros* aprobados. Sólo la campaña publicitaria correspondiente al anuncio de la Oferta Pública de Venta (1.905 millones) superó en coste a la de *Los Planes Claros*.

**CUADRO 1**

<b>CAMPAÑAS</b>	<b>COSTE M. Pta.</b>	<b>CAMPAÑAS</b>	<b>COSTE M. Pta.</b>
OPV+Follow-up	1.905	"Movivox"	118
Alianzas internac.-Instituc.Corporativa	448	Moviline Promoción 1ª Fase	150
La Comunicación en persona	685	Moviline Promoción Navidad	451
Oficinas Comerc."Promoc. Montelo"	18	Moviline Promoción	601
Oficinas Comerc."Promoc. Ryder Cup"	7	Precios/Cobertura	44
Oficinas Comerc."Día de la Madre"	77	Tarjeta Activa	728
Oficinas Comerciales "Mayo"	28	Movistar Gestión	105
Telespacio Valencia	22	Imagen	339
Tráfico Internacional	325	Verano Movistar	134
Bajada Tarifas Internac. e Interprov	373	Movistar Gestió	182
Servicio Contestador	72	Recarga Activa	42
Pymes	70	Imagen Confianza	403
Frame Relay	24	Activa Joven	290
CABITEL	119	Navidad	591
Beeper	283	Número Único	339
Bienvenida	279	50-40-33	116
Día de la Madre	45	Recarga Activa	123
Multiasistencia	120	P.CI. aprobados	271
Moviline Imagen	1.028		

Fuente : Folios 139-140 expte. TDC

La campaña fue particularmente intensa en la primera semana de emisión, tal como se aprecia en el Cuadro 2

**CUADRO 2**

<b>IMPACTOS (GRP ) POR SEMANA</b>												
	<b>1ª</b>	<b>2ª</b>	<b>3ª</b>	<b>4ª</b>	<b>5ª</b>	<b>6ª</b>	<b>7ª</b>	<b>8ª</b>	<b>9ª</b>	<b>10ª</b>	<b>11ª</b>	<b>12ª</b>
<b>Telefónica</b>	---	---	---	---	2.305	780	412	178	---	437	---	---
<b>Retevisión</b>	421	476	497	404	344	307	311	240	97	195	499	422

Fuente: (Folio 1328 expdte. SDC).

Este hecho es consecuente con lo previsto en los documentos de preparación de la campaña:

**SALIR AL AIRE.** Campaña PLATAFORMA DE PRESENTACIÓN: en el aire, coincidiendo con la Rueda de Prensa del Consejero Delegado de Telefónica

el 5/02/98, con un mínimo de 3 semanas en antena y altísimo impacto en los tres primeros días (folio 256 expdte. SDC).

14. El *Briefing* (principales directrices y ejes de comunicación de Telefónica a la agencia de publicidad) remitido a la agencia el 21 de enero, señala (folios 242 a 267 expdte. SDC):

*“OBJETIVOS:*

- *Generar una percepción favorable a la oferta de precios y productos de TELEFÓNICA*
- *Generar una duda razonable sobre la bondad de la oferta de precios de RETEVISIÓN”*

*[...]*

*“Las OFERTAS DE PRECIO consisten en descuentos sobre llamadas provinciales, nacionales e internacionales dirigidos a colectivos claramente identificados (jóvenes, familias, tercera edad y pretenden reducir el coste de sus llamadas, en determinadas franjas horarias, y con cuantías diferentes (folio 549, versión censurada del 248 expdte. SDC).*

*[...]*

*“La petición que realizamos a las Agencias consiste en la propuesta de un PLAN DE LANZAMIENTO que construya una imagen eficaz, clara y altamente notoria de esta oferta, sitúe a TELEFÓNICA como la mejor opción valor-precio en telefonía, impida (minimice) el uso del 050 y de los servicios de RETEVISIÓN y genere demanda de estos productos y servicios.”*

*[...]*

*“Se trata de evidenciar que la oferta de RETEVISIÓN no es tan buena, que su oferta no es siempre la más barata, y que sólo TELEFÓNICA puede ofrecerte la sencillez...”*

*[...]*

*“El sentido de este planteamiento viene provocado por la amenaza de la competencia (“Siempre más baratos que TELEFÓNICA”) y la necesidad de ser muy contundentes en esta nuestra primera comunicación después de la liberalización del mercado.”*

*[...]*

*“EJES DE COMUNICACIÓN: Asentar la idea de que TELEFÓNICA tiene ofertas en precios muy atractivos, que evitan la incomodidad de tener que decidir el uso de otro operador para algunas llamadas (marcar 050 antes), y que las ofertas están segmentadas para adecuarse a las necesidades de cada uno (VALUE FOR MONEY)”*

[...]

*“MANDATORIOS: Hace falta contrarrestar con Precio y Valor lo que RETEVISIÓN es sólo oferta plana de descuentos, y productos sólo de larga distancia (las menos frecuentes).”*

En un fax (folio 310 expdte. SDC), de 22 de enero de 1998, entre miembros de la agencia de publicidad, cuyo asunto es “concurso campaña paquetes de descuento de TELEFÓNICA”, se contienen comentarios de TELEFÓNICA complementarios al *Briefing* recibido:

*“Aparte de los documentos de Briefing que ha recibido Bassat, es importante tener en cuenta estos comentarios por parte de TELEFÓNICA: En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de RETEVISIÓN.”*

15. La planificación temporal (*Timing*) de la preparación de la campaña de publicidad de los *Planes Claros* (folio 267 expdte. SDC) fue la siguiente:
- *Briefing*: 21/01/98
  - Presentación: 26/01/98
  - Decisión: 27/01/98
  - Rodaje de película: 29/01/98
  - Entrega de copias de emisión: 4/02/98
  - Material impreso BTL/ Apoyo a Ventas: 4/02/98

El entonces Director de Marketing de Telefónica señalaba, refiriéndose a los *Planes Claros*, que *“el procedimiento de concepción del producto mencionado ha sido muy rápido para responder al mercado, que no es el habitual, y que no tiene nada que ver con Los Planes Personales.”* (Folio 425 expdte. SDC)

Este ejecutivo señala también (folio 425 expdte. SDC) que no existe ninguna documentación referida a dicho producto anterior a enero del 98.

En el índice de productos para 1998 incluido en un documento denominado “Productos 1998”, de noviembre de 1997 (folios 660 y 661 expdte. SDC), no se hace mención a los productos de descuento de *Los Planes Claros*, salvo al *Friend & Family Internacional*.

16. De los cinco planes de descuento, cuatro de ellos, los referidos a las llamadas interprovinciales, estaban sometidos a autorización por parte

de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la CMT.

TELEFÓNICA solicitó la autorización el mismo día 5 de febrero en el que se inició su campaña de publicidad.

Los siguientes documentos hacen referencia a la duda de que fueran aprobados y al probable efecto sobre los usuarios.

*“Alternativa si nos aprueban los planes: necesitamos una película nueva comunicando que los planes están aprobados y reactivando las llamadas al 004.” (folio 364 expdte. SDC) [Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad. Asunto: Los Planes Claros]*

*“PELÍCULAS: Como ya se ha avanzado, al hablar de nombres, se realizarán dos películas más. Una para el Servicio de Mantenimiento Integral ... La otra película corresponde al Servicio “Llámeme Gratis”.*

*La razón de tener estas películas es contar con suficiente material para mantener la campaña en caso de que el Ministerio de Fomento decidiese cortarla. En este sentido se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: “Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento”, que exculparía a Telefónica ante la opinión popular” (Folio. 376), acta de la reunión con Bassat, 29 de enero de 1998.*

*“La agencia habla con ....., que hace los siguientes comentarios tras la reunión con el departamento legal: [...] 2. aún no es producto vendible, en el sentido de que todavía no está autorizado...” (folio 379 expdte. SDC) [Informe de la agencia de publicidad sobre unas conversaciones telefónicas mantenidas con TELEFÓNICA el día 29 de enero de 1998]*

*“Además de la comunicación sobre las llamadas recibidas en el 004, tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la C.M.T., tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas.*

*Por tanto necesitamos una alternativa creativa en los distintos medios si el caso fuera que la CMT nos deniega la aprobación de los Planes de Descuento. De esta forma, nuestros usuarios sabrán que*

*no es TELEFÓNICA la que no ofrece descuentos a sus distintos segmentos de usuarios, sino que simplemente se le deniega la posibilidad de hacerlo". (Folio 375 expdte. SDC) Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad de 11 de febrero. Asunto: Los Planes Claros.*

*"- Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas. - Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía." (Folio 388 expdte. SDC). Documento de 12 de febrero de 1998, sobre la campaña posterior "Campaña Multiproducto".*

17. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobó, el 5 de marzo de 1998 (B.O.E. 14 de marzo), la propuesta de la Secretaría General de Comunicaciones que introducía las siguientes modificaciones a los planes anunciados por Telefónica: el *Plan Comunidad* se extendió también a las provincias limítrofes, el *Plan 3 en casa* se extendió a todos los usuarios y desapareció el *Plan & Rock*, dirigido a los menores de 35 años,

18. Los siguientes documentos contienen valoraciones iniciales de Telefónica sobre el impacto de la campaña:

- *Briefing Nuevos Productos Gran Público*, de 26 de febrero, de otra campaña de publicidad inmediatamente posterior (folios 278 a 296 expdte. SDC)

*"ESCENARIO: DE DÓNDE VENIMOS A DÓNDE VAMOS. Con Planes Claros, hemos sembrado la duda del precio/descuento y ya no está "Tan Claro" que haya que llamar al 015."*

- Documento de TELEFÓNICA, de 12 de febrero, sobre la denominada *Campaña Multiproducto*, que debería ser posterior y complementaria a la de los *Planes Claros* (folios 381 a 409 expdte. SDC):

*"OBJETIVOS (CONT)*

*Si con los Planes Claros el objetivo era generar la duda ante la promesa de ahorro del 2º operador, ahora damos un paso adelante..."*

- Documento sobre la *Campaña Multiproducto* de 12 de febrero de 1998 (folios 381 a 409 expdte. SDC):

## “1 TELEFÓNICA: ANTECEDENTES (CONT)

### *Comunicación:*

- *La última campaña corporativa realizada fue [...]*
- *En septiembre tuvo lugar el lanzamiento de los Planes Personales, que fueron suspendidos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.*

## 2 LANZAMIENTO DE RETEVISIÓN

### *Oferta Comercial:*

- *Precios hasta un 25% más bajos [...]*

### *Los resultados:*

- *300.000 llamadas en la primera semana de campaña*
- *120.000 clientes (personas que han facilitado sus datos y están habilitados para llamar a través del 050.*

## 3 LOS PLANES CLAROS

- *El 5 de febrero se lanzaron los Planes Claros, consistentes en:  
[...]*
- *Los Planes Claros han tenido enorme notoriedad, generando cientos de miles de llamadas.*
- *Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía.”*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El informe del Servicio propone que se declare y sancione la existencia de las siguientes conductas prohibidas:
  - *Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por concebir y desarrollar los planes de descuento, comercializados bajo el nombre de Los Planes Claros, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado del operador entrante en el mercado, en los términos descritos en los Hechos Acreditados 6, 7 y 8 del Pliego de Concreción de Hechos.*
  - *Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por concebir y desarrollar los planes de descuento, comercializados bajo el nombre de Los Planes Claros, con la finalidad de reforzar su*



posición de dominio en el mercado relevante, en los términos descritos en el apartado 1 y 3 de los Efectos en el Mercado del Pliego y en el apartado 5 de este Informe.

- Infracción del artículo 6 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, por la utilización de información sobre el consumo histórico de sus clientes, a la que tiene acceso en virtud de su condición de operador ex-monopolista y propietario de la red básica de telecomunicaciones, para la concepción de la estrategia anticompetitiva consistente en el lanzamiento de la campaña de publicidad de Los Planes Claros, en los términos descritos en el Hecho Acreditado 8 del Pliego.
- Infracción del artículo 7 de la LDC por parte de TELEFÓNICA, al desarrollar una campaña de publicidad engañosa, que ha falseado deliberadamente la competencia en el mercado relevante, en los términos descritos en el Hecho Acreditado número 5.6, y en los apartados de Efectos en el Mercado del Pliego y del Informe.

2. En el trámite de valoración de prueba y durante la Vista, Telefónica ha presentado una serie de alegaciones al Informe del Servicio.

Conviene, en primer lugar, examinar la alegación según la cual las manifestaciones verbales de los empleados de Telefónica fueron obtenidas por el Servicio de forma ilegítima en las inspecciones domiciliarias del día 22 de Abril a que hace referencia el AH 1, así como la solicitud de que se retire del expediente la documentación en la que se recogen las manifestaciones de los cuadros de Telefónica y de Bassat.

El Tribunal constata que en la Orden de Investigación del Director General de Defensa de la Competencia presentada en los dos locales de Telefónica investigados se señala que *el responsable del local tiene derecho a denegar su consentimiento a la investigación domiciliaria*, así como que los funcionarios designados *podrán recabar el testimonio del personal que se encuentre en las instalaciones inspeccionadas* (folio 78).

En el acta de inspección del primer local de Telefónica investigado consta la aceptación por el Vicesecretario General de Telefónica de la práctica de la investigación y se señala que los funcionarios invitan, en primer lugar, a que la empresa cuente con la asistencia de Letrados

(folio 80) y que se incorporan el Director General de Servicios Jurídicos y el Gerente de Competencia de la Asesoría Jurídica de Telecomunicaciones (folio 81). El Acta es firmada en representación de Telefónica por el mencionado Director General de Servicios Jurídicos y por el Director de la Asesoría Jurídica.

En el acta de inspección del segundo local de Telefónica investigado consta la aceptación por el Subdirector General de Gran Publico (presente en la inspección anterior) de la práctica de la investigación y se señala igualmente que los funcionarios invitan a que la empresa cuente con la asistencia de Letrados (folio 80).

En estas circunstancias, que se dan también en la inspección de la empresa de publicidad, por las que las empresas aceptan la orden de investigación, son invitadas para que dispongan de asesoramiento jurídico y firman del acta sin expresar el menor reparo a la solicitud de manifestaciones verbales, el Tribunal no puede sino desestimar la alegación de Telefónica y denegar la solicitud de que se retiren del expediente los documentos que contienen dichas manifestaciones.

3. También en relación con la investigación domiciliaria, alega Telefónica que, en contra de lo que señala el Servicio en su informe al Tribunal, no existió obstrucción alguna por parte de Telefónica, sino una absoluta colaboración con el Servicio.

El Tribunal considera que, aunque Telefónica dio el consentimiento inicial para que el Servicio practicara la investigación, existen suficientes indicios en las actas de inspección, firmadas también por los representantes de Telefónica, como para poder afirmar que la colaboración de Telefónica distó mucho de ser absoluta. En los folios 80, 83, 86, 87 se refleja tanto la demora de más de tres horas para permitir el acceso de los funcionarios a los documentos como las negativas de los empleados de Telefónica para aportar los documentos que los inspectores solicitaban.

Consta también en las actas la denegación a los inspectores de la documentación relativa a los *Planes Personales* por sostener que no tenían relación con *Los Planes Claros*, cuando después, a lo largo del expediente, Telefónica ha tenido mucho interés en sostener que éstos no son sino una derivación de aquéllos.

No obstante, como Telefónica terminó por remitir al Servicio los documentos requeridos sin esperar a la multa continuada que éste

hubiera podido imponer de acuerdo con el artículo 33.4 LDC, el Tribunal no toma en cuenta la propuesta del Servicio de considerar como agravante la falta de colaboración a la hora de imponer la sanción que corresponda.

4. Alega Telefónica que, aunque se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la oportunidad y legalidad de interpretar las normas de Defensa de la Competencia en el sentido de que el Tribunal de Defensa de la Competencia debe tener el monopolio administrativo para la aplicación del artículo 6 de la Ley 16/1989, no puede pasarse por alto el precedente de la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 30 de abril de 1998 que rechaza la adopción de medidas cautelares solicitada por ciertos operadores de telecomunicaciones en relación con esta acción publicitaria y declara que dicha campaña publicitaria no constituye una violación de la libre competencia en términos de abuso de posición de dominio.

Telefónica ha sostenido, en efecto, ante la CMT 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 y que la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, sanciona esta exclusividad limitando el papel de la CMT a la emisión de instrucciones generales, porque en lo demás deberá remitir los asuntos de que conozca y que identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia, (*CMT Servicios Infovía 2.12.99*).

Desde esta convicción de Telefónica, la presente alegación ante el Tribunal carece de coherencia.

En todo caso, el Tribunal no puede admitir esta alegación, primero, porque, efectivamente, sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio y, en segundo lugar, porque considera que la CMT, al no disponer del material probatorio que obra en este expediente, no pudo realizar una valoración completa de la conducta de Telefónica.

Aún así, en la misma resolución de 30 de abril de 1998 mencionada por el alegante, la CMT señala que ***“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”*** y en su informe preceptivo de 19 de febrero de 1998 sobre los mismos Planes Claros, la CMT sostenía 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 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 inhibitorio ***“ha podido perturbar la normal evolución del mercado con el riesgo añadido de no llegar a constituir oferta efectivamente seleccionable para dichos clientes”***.

5. Alega también Telefónica que la oferta es proporcional en cuanto a la cuantía de las inversiones realizadas, pues Retevisión está controlada por dos de las primeras empresas españolas del mercado de la electricidad y por la cuarta empresa europea y uno de los primeros operadores mundiales en el sector de las telecomunicaciones, como es Telecom Italia, con cifras de negocios y poder financiero de los grupos económicos que superan ampliamente la capacidad financiera de Telefónica.

El Tribunal considera irrelevante, a efectos de proporcionalidad de la respuesta de Telefónica, la comparación entre las capacidades financieras de Telefónica y de Retevisión, su primer y único competidor en el momento de los hechos. Ya se cita en el HP3 que en la Exposición de Motivos del R.D. Ley 6/1997 se preveía que la liberalización del sector exigía la creación de operadores con suficiente masa crítica.

Lo relevante en este caso es la desproporción abismal entre el poder de mercado de ambos competidores y también la desproporción de la respuesta de Telefónica a las acciones de su competidor, cuestión a la que se refieren algunos de los siguientes párrafos de esta Resolución.

6. Telefónica alega que no se ha acreditado que la campaña persiguiese otros objetivos que los legítimos *ya que el Servicio pretende la existencia de una intencionalidad anticompetitiva, tratando de reinterpretar el lenguaje publicitario para fundamentar esta conclusión. Según esta alegación, el Servicio no puede tratar de interpretar la conducta de una empresa en función ni de la correspondencia interna en el seno de un tercero, como es una agencia de publicidad, ni de los materiales publicitarios preparatorios que se intercambian al objeto, precisamente, de lograr que una campaña publicitaria sea lo más rica e imaginativa.*

El Tribunal considera, por el contrario, que el material probatorio recogido por el Servicio en este expediente se compone de documentos relevantes e idóneos a la hora de calificar la conducta de Telefónica, que consistió, precisamente, en el lanzamiento de una campaña publicitaria cuyos documentos preparatorios tienen un evidente interés. Por otra parte, el Servicio, más que interpretar, utiliza este material con citas literales que, en muchos casos, por su contundencia se explican por sí mismas.

Estos documentos son coherentes, junto con otros indicios que luego se describen y que revelan la forma en que es secundario en este caso el objetivo de informar al consumidor, con la finalidad de bloquear la contratación de servicios y obstaculizar el asentamiento en el mercado de Retevisión que el Servicio atribuye a Telefónica en el primero de sus cargos.

Si la campaña hubiera estado destinada exclusivamente a dar a conocer su oferta, Telefónica no hubiera dado instrucciones a la agencia de publicidad como:

*“La petición que realizamos a las Agencias consiste en la propuesta de un PLAN DE LANZAMIENTO que construya una imagen eficaz, clara y altamente notoria de esta oferta, sitúe a TELEFÓNICA como la mejor opción valor-precio en telefonía, **impida (minimice) el uso del 050 y de los servicios de RETEVISIÓN** y genere demanda de estos productos y servicios”.*

*“Se trata de evidenciar que la oferta de RETEVISIÓN no es tan buena, que su oferta no es siempre la más barata, y que sólo TELEFÓNICA puede ofrecerte la sencillez...” (HP14)*

La omisión de este tipo de instrucciones no hubiera restado creatividad a las agencias de publicidad en su afán por hacer atractivos los descuentos de Telefónica y hubiera evitado que Telefónica tuviera que transmitir después a la agencia ganadora del concurso que ***“En la campaña no debe percibirse que los nuevos paquetes de descuento son una reacción a las acciones de RETEVISIÓN.”*** (HP 14).

7. Telefónica alega también que no se ha demostrado que los Planes Claros se concibieran precipitadamente como una reacción a la buena acogida que estaba experimentando la oferta de Retevisión.

El Tribunal considera que la precipitación en la elaboración de la campaña está suficientemente probada, tanto por el propio ritmo impuesto a las agencias publicitarias como por la manifestación del Director de Marketing de Telefónica que se cita en el HP15. El *Timing* revela que el *Briefing* fue distribuido a las agencias de publicidad el 21 de enero. Cinco días más tarde, las agencias debían realizar sus presentaciones, sobre las que TELEFÓNICA elegiría la adjudicataria un día más tarde. El rodaje de las películas de televisión para los anuncios se efectuó en un día, y la entrega de los materiales estaba fijada para un día antes de la presentación de la campaña a la prensa por parte del consejero delegado coincidiendo con su lanzamiento en los medios de comunicación, el día 5 de febrero.

Constituyen indicios adicionales de la precipitación en el lanzamiento de la campaña, la gran diferencia en el intervalo entre la convocatoria del concurso de agencias y la emisión de la campaña en el caso de los *Planes Claros*(1998) comparado con el de los *Planes Personales* (1997) donde el concurso se convocó en agosto para emitir en octubre, y el hecho de que, en fecha tan inmediata a los hechos como noviembre de 1997, Telefónica no tuviera previsto lanzar los descuentos ofrecidos en *Los Planes Claros*, salvo al *Friend & Family Internacional* que no precisaba autorización, según el índice de productos para 1998 incluido en el documento denominado “Productos 1998”, (folios 660 y 661 expdte. SDC).

8. Alega Telefónica que la oferta publicitaria de Telefónica es proporcional en cuanto a la intensidad publicitaria y ésta se explica por la propia estructura del objetivo comercial y coincide con campañas de publicidad de otras empresas, de volumen y asentamiento similares. En todo caso, la intensidad medida en términos de impactos (GRP) y de inversión coincide esencialmente con la intensidad de las campañas de Retevisión.

El Tribunal considera que la desproporción de la intensidad de los medios que Telefónica puso en juego en esta campaña puede apreciarse tanto en relación con anteriores campañas de Telefónica, como en la relación con la campaña de su competidor y en relación con la campaña que la propia Telefónica lanzó para publicar la oferta de *Los Planes Claros* una vez que, tras las modificaciones señaladas en el HP17, contaban ya con la preceptiva autorización.

Con respecto a la intensidad de campañas previas de Telefónica, de los datos que se señalan en el HP 13, se deduce que, si se exceptúa la campaña de 1997 de Oferta Pública de Venta, que era una campaña financiera de colocación de acciones más que una campaña comercial, el coste medio de las 35 campañas realizadas en 1997 fue de 250 millones de pesetas. Para la campaña *Los Planes Claros* Telefónica incurrió en un coste de 1.223 millones, cinco veces más alto que el de la media de las 35 campañas anteriores.

Este elevado coste se distribuye de forma desigual. Telefónica irrumpe con una acumulación de 2.305 impactos en TV (GRP) (folio 1328) en los cuatro primeros días de campaña, mientras que Retevisión, en el mismo período, programó 344 impactos. La campaña de Telefónica ahogaba así la campaña de su competidor con más de seis *impactos* publicitarios por cada uno de Retevisión.

También es desproporcionada la asignación de los recursos que Telefónica dedica a la publicidad de los Planes Claros antes y después de su autorización. Dedicó 1223 millones (HP13) a divulgar unos planes sobre los que no tenía seguridad de que fueran a ser aprobados mientras que sólo dedica 271 a difundir los planes ya aprobados, que constituían la información verdaderamente relevante para el público.

Con respecto a la comparación con la publicidad de las empresas con volumen y asentamiento similares al de Telefónica, en el informe presentado por Telefónica realizado por el Sr. Benavides de la Facultad de Ciencias de la Información se puede apreciar (folio 1329) que el número de impactos publicitarios en los primeros cuatro días de los Planes Claros equivale a más de la cuarta parte de la media de impactos semestrales de los mayores anunciantes del país.

9. Alega Telefónica que no se ha acreditado que los Planes Claros constituyesen una *oferta vacía*, tendente a inhibir las llamadas de los usuarios a su competidor, pues fueron aprobados en su integridad

(Folio 430 expediente. TDC) o prácticamente en su integridad (Folio 431 expediente. TDC).

En realidad, los Planes Claros no fueron aprobados en su integridad por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ya que el *Plan 3 en casa*, que era claramente discriminatorio contra las familias de menos de tres miembros, fue sustituido por el *Plan en Casa* con los mismos beneficios para todos los usuarios, el *Plan & Rock* fue suprimido, seguramente por conceder menos descuentos que el anterior, y el *Plan Comunidad* fue extendido a las provincias limítrofes para no discriminar a las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

En opinión del Tribunal, lo decisivo es que Telefónica lanzó su campaña pese a que sabía que existía la posibilidad de que los Planes Claros pudieran no ser aprobados, como muestran las siguientes expresiones:

*“Alternativa **si nos aprueban los planes**: necesitamos una película nueva comunicando que los planes están aprobados y reactivando las llamadas al 004.”* (folio 364 expdte. SDC) [Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a la agencia de publicidad. Asunto: Los Planes Claros]

*La razón de tener estas películas es **contar con suficiente material para mantener la campaña en caso de que el Ministerio de Fomento decidiese cortarla**. En este sentido se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: “Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento”, que exculparía a Telefónica ante la opinión popular”* (Folio. 376), *acta de la reunión con Bassat, 29 de enero de 1998.*

*“La agencia habla con ....., que hace los siguientes comentarios tras la reunión con el departamento legal: [...] 2. **aún no es producto vendible, en el sentido de que todavía no está autorizado...**”* (folio 379 expdte. SDC) [Informe de la agencia de publicidad sobre unas conversaciones telefónicas mantenidas con TELEFÓNICA el día 29 de enero de 1998]

*“Además de la comunicación sobre las llamadas recibidas en el 004, **tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la C.M.T.**, tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas.”* (Folio 375 expdte. SDC)



10. Frente a la imputación del Servicio según la cual la campaña *Los Planes Claros* se lanzó con la finalidad de reforzar la posición de dominio de Telefónica en el mercado de servicios a larga distancia mediante la adquisición de una reputación de operador inexpugnable, Telefónica alega que tal finalidad no ha quedado acreditada en el expediente.

El Tribunal acepta la alegación de Telefónica por considerar que, pese a la plausibilidad de la hipótesis del Servicio, no existen en el expediente indicios que la apoyen o que prueben que Telefónica se propusiera con *Los Planes Claros* objetivos estratégicos distintos o más trascendentes que el de entorpecer la entrada en el mercado de Retevisión.

11. Alega también Telefónica que no existe ninguna prueba en el expediente que permita acreditar que haya utilizado dato alguno sobre consumo histórico para la preparación de la oferta contenida en los Planes Claros

El Tribunal estima que también asiste la razón al alegante en este punto, al considerar que no existen suficientes pruebas al respecto en el expediente y que, tal como señala el Servicio, *“la segmentación sobre la que se basa la oferta incluida en los Planes Claros no tiene una excesiva complejidad y que TELEFÓNICA por su propia experiencia acumulada puede conocer cuáles son los colectivos con una demanda más sensible al precio y que, por tanto, pueden emigrar a la competencia ante la oferta de precios más ventajosos....la mera elaboración conceptual de la oferta de los Planes Claros pudo haberse efectuado en TELEFÓNICA gracias a su propio conocimiento del mercado”* (folio 1434).

12. Telefónica alega que la campaña no fue desleal porque *en todos los elementos de la campaña de publicidad cuestionada en este expediente se incluyó una leyenda lo suficientemente apreciable y clara advirtiendo a los consumidores, sin margen alguno a error. Una comparación del mensaje publicitario de TELEFÓNICA con los anuncios examinados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3-2-95 permiten concluir que las pretensiones del Servicio resultan plenamente infundadas. Las presunciones del Servicio sobre un supuesto efecto inhibitorio carecen de toda relación con la tipificación de la deslealtad a que se refiere el artículo 7 de la Ley 3/1991 y no permiten por si solas concluir que se cumple el primero de los requisitos del artículo 7 de la Ley 16/1989.*

El Tribunal no puede admitir esta alegación pues considera que tanto la versión impresa como la audiovisual de los anuncios de la campaña de Los Planes Claros podían inducir a error a los consumidores debido a la presentación, al pequeño tamaño y al contenido de la advertencia de la necesidad de autorización.

Por lo que respecta al tamaño, en la versión presentada por Telefónica (folio 209 TDC) del anuncio impreso, la advertencia se presenta con un tipo de letra de 2 milímetros de alto frente a los 35 milímetros del tipo con que se anuncian los descuentos (35%-60%). En cuanto a su presentación, la advertencia se encuentra inmersa en un conjunto de datos referentes a los horarios y días de la semana en que son aplicables los descuentos y a varias direcciones de Internet de la empresa. La advertencia se inserta, sin solución de continuidad y sin diferenciación, a continuación de otra frase sin relación con ella: *“En todos los planes se aplicarán los descuentos para todos los números que tu indiques. Sujeto a aprobación administrativa”*.

La redacción de la advertencia carece de precisión. No se dice qué es lo que está sujeto a aprobación administrativa. Dada la falta de concordancia entre el sujeto plural de la primera frase y el singular de la advertencia, no es posible deducir si lo que necesita aprobación administrativa son los planes, los descuentos o “los números que tu indiques”. La escueta leyenda (*Sujeto a aprobación administrativa*) no da idea tampoco del elevado rango administrativo que exige la autorización. Con esta redacción cualquier interpretación sería posible, incluida, por ejemplo, la de que son “los números que tu indiques” los que necesitan aprobación de la administración de Telefónica S.A.

Como en el acta de la reunión del 29 de enero de Telefónica con Bassat “ ***se apuntó también la posibilidad de incluir en las películas la leyenda: “Oferta sujeta a la aprobación del Ministerio de Fomento”, que exculparía a Telefónica ante la opinión popular***” (Folio. 376), no cabe duda de que la inclusión de una leyenda más oscura fue deliberada.

Por lo que respecta a la presentación audiovisual (folio 208 TDC), la advertencia a pie de pantalla es también de muy pequeño tamaño, no está presente durante todo el anuncio y podía pasar fácilmente inadvertida, ante la amenidad y dinamismo del mensaje publicitario.

Telefónica compara la campaña de “Los Planes Claros” con la campaña de publicidad de un determinado automóvil y cita el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 1995 de la que cita la siguiente frase de su FD4:

*“... es indudable que cualquiera que quisiese comprar un coche, en razón al anuncio, sabe que tiene que discutir y llegar a un acuerdo respecto de la forma de su pago”*

El Tribunal estima que ambas campañas de publicidad no son comparables, ya que el comprador de un automóvil está mucho más motivado que el usuario doméstico de teléfono para leer la letra pequeña de los anuncios respectivos. El primero va a incurrir en un desembolso elevado de un bien duradero, mientras que el segundo sólo se interesa por un descuento en su factura telefónica.

El error a que la campaña *Los Planes Claros* podía inducir era, pues, el de que los destinatarios de la publicidad considerasen que los descuentos ofrecidos por Telefónica eran tan seguros como los que ofrecía Retevisión.

Incluso el usuario más perspicaz, es decir, el que fue capaz de leer la advertencia y deducir de su texto que la autorización necesaria era una autorización del Gobierno, estuvo, en todo caso, expuesto a la frustración que la misma Telefónica preveía, si decidió llamar a Telefónica, renunciar al descuento ofrecido por Retevisión y esperar a la referida autorización, pues si ésta no se concedía, hubiera perdido tiempo y dinero.

De esta posibilidad de producir frustración a los usuarios era consciente Telefónica, como se deduce de las siguientes frases señaladas en el HP 16:

*“...tenemos que estar preparados para la posible parada de Los Planes Claros por la C.M.T., **tenemos que estar preparados para que nuestros usuarios sufran una frustración al pensar que hemos hecho una publicidad engañosa o que no cumplimos nuestras promesas.**”* (Folio 375 expdte. SDC) Fax de TELEFÓNICA (Departamento de Publicidad y Marketing de Producto) a Bassat 11 de febrero de 1998.

***“Existe el riesgo de producir frustración, ya que los Planes de descuento no son contratables todavía.”*** (Folio 388 expdte.

SDC). Documento de 12 de febrero de 1998, sobre la campaña “Campaña Multiproducto”.

Es obvio que Telefónica no lanzó la campaña Los Planes Claros para explotar a los usuarios ni con la intención de producirles frustración, sino que lo hizo, a pesar de ser consciente de que podía producir esta frustración, con tal de entorpecer la campaña de su competidor. El Tribunal considera esta conducta desleal, como objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe( artículo 1 LCD).

13. Telefónica ha alegado, por último, en la Vista ante el Tribunal que no existen precedentes en el Derecho español o comunitario de la competencia, de forma que ni el Tribunal, ni la Audiencia Nacional, ni la Comisión Europea o los Tribunales de Justicia Europeos han considerado hasta la fecha que una campaña publicitaria pueda ser calificada de abuso de posición de dominio.

En realidad, el abuso de posición dominante, sobre todo en su aspecto anticompetitivo, puede revestir una gran cantidad de formas y, con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de precedentes formales y no se repiten con las mismas características. Lo que subyace en común a todos los casos de abuso, con independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que *la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia*, tal como señala la sentencia *Hoffmann- La Roche*, de 13 de febrero de 1979 del Tribunal de Justicia Europeo.

14. Tras el examen del informe del Servicio y de las alegaciones de Telefónica, una vez descartadas por insuficiencia de prueba las imputaciones referentes a la utilización de datos históricos y la hipótesis del reforzamiento de la posición de dominio mediante la adquisición de un prestigio de operador inexpugnable, el Tribunal considera la campaña *Los Planes Claros* como una sola conducta constitutiva de abuso de posición de dominio por su intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica mediante una campaña de contenido desleal.

Los elementos desleales de la conducta al integrarse en la definición de esta conducta abusiva concreta no pueden sostenerse además de

manera autónoma, por lo que no se imputará la infracción del artículo 7 LDC.

15. El abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores.

Es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario (caso 322/81 Michelin) y español (Resolución de 26 de febrero de 1999, Expte. 413/97 Airtel / Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia.

Por otra parte, la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.

Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizado el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una *justificación objetiva* (*Centre Belge d'Études de Marché Telemarketing*, 1986, *Hilti*, 1988, *Tetra Pak*, 1988, *BPB*, 1989) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva

16. No cabe duda alguna sobre la posición dominante de Telefónica en el mercado español de telefonía básica interprovincial a larga distancia, que es el relevante a efectos de este expediente, ya que desde los inicios de la telefonía en España hasta enero de 1998 era el único operador activo en este mercado.
17. Por su intención anticompetitiva y por su contenido desleal, la campaña constituyó un abuso de posición dominante.

El primer factor a considerar es la coyuntura histórica en que se produce la campaña: se trata de la primera vez que irrumpe en el

mercado de la telefonía básica un competidor de Telefónica, hasta entonces y desde siempre, monopolista legal.

En segundo lugar, debe considerarse la desproporción de los medios que Telefónica puso en juego en esta campaña, desproporción que, como se ha expuesto con detalle en el FD 8, puede apreciarse en relación con anteriores campañas de Telefónica, con la campaña de su competidor y con la campaña que la propia Telefónica lanzó para publicar la oferta de *Los Planes Claros* una vez que, tras las modificaciones señaladas en el HP 17, contaban ya con la preceptiva autorización.

Las frases del *Briefing* antes señaladas no dejan duda sobre la plena conciencia de Telefónica sobre la frustración que podrían sentir los usuarios en el caso de que no se autorizasen *los Planes Claros*. Si tal caso ocurría, no sólo se arriesgaba la pérdida total de la inversión publicitaria sino también la posibilidad de pérdida de clientes.

Por último, es necesario referirse al contenido de la campaña en relación con los destinatarios de la misma a los que la misma Telefónica va tratar como adultos por primera vez al permitirles decidir entre su oferta y la de su competidor, según se destaca en las alegaciones de esta empresa (folio 420 expdte. TDC).

En realidad, frente a la de su competidor, Telefónica realiza una oferta de algo que no existe aún y que puede no llegar a existir. La advertencia al público de la necesidad de aprobación de los *Planes Claros* se realiza en términos muy escuetos (*sujeto a aprobación administrativa*), de forma indiferenciada con respecto a otras frases del anuncio y en caracteres muy poco perceptibles. Ante una abrumadora publicidad, seis veces más intensa que la de Retevisión en la primera semana, con unos descuentos espectacularmente altos (hasta el 60% en el *Plan 5 estrellas*) publicitados con gran formato mientras que en letra muy pequeña se señala que sólo se aplican en determinados horarios y que precisan aprobación administrativa, el riesgo de inducir confusión al usuario es muy grande.

El hecho de que Telefónica asumiera esos riesgos sólo puede explicarse porque el objetivo prioritario era la anulación de la campaña de su incipiente único competidor. De la misma forma que los monopolios pueden desentenderse de la necesidad de innovar, de modernizar, de procurar la mayor satisfacción a los consumidores, siempre que las barreras de entrada sean altas y seguras, sólo los

monopolios, junto con empresas ocasionales a las que no importa desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración al mercado.

Telefónica podía legítimamente reaccionar ante la oferta de su competidor con una oferta alternativa, pero no existe justificación objetiva para que se anticipase con una oferta que carecía de la preceptiva autorización. Siendo consciente de la frustración que podía producir a los usuarios, sólo podía hacerlo prevaliéndose de su posición de dominio, contando con la inercia de unos usuarios resignados desde siempre a un único proveedor de servicio telefónico y confiando en que la intensidad de su campaña publicitaria minimizaría la del recién llegado primer competidor.

En resumen, Telefónica concibió y puso en práctica la campaña publicitaria los *Planes Claros* con el fin primordial de anular la de su competidor, dedicando recursos de desproporcionada intensidad en las dos primeras semanas, anunciando unos programas de descuento que no estaban autorizados, con plena conciencia de la posibilidad de que no se autorizaran, sin consideración por la posible decepción de los usuarios y sin hacer un esfuerzo especial de divulgar el contenido de los que al final se autorizaron.

El Tribunal considera que no existía necesidad objetiva alguna de asumir estos riesgos ni de infligir este trato a los usuarios y que, por ello, se trata, sin duda alguna, de una conducta abusiva en la que Telefónica no estuvo a la altura de la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante, al reaccionar, sin justificación objetiva alguna, de manera desleal y desproporcionada a la amenaza que percibía en la irrupción de su primer competidor, excediendo el derecho que le asiste a adaptarse a las nuevas condiciones de competencia.

18. El artículo 10.1 de la LDC establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal en 150 millones de pesetas o hasta el 10% del volumen de ventas del ejercicio económico anterior a esta Resolución.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la LDC señala que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo que se tendrá en cuenta la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado

de la empresa, los efectos producidos, la duración de la infracción y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Por lo que se refiere a la modalidad de la infracción, el abuso de posición dominante, tanto si se dirige a la explotación de los consumidores como a restringir la acción de los competidores, constituye junto al *cartel* de precios, una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de competencia en el mercado y es, por ello, objeto de severa represión en todos los ordenamientos.

Telefónica ingresó en 1997, 1.007.844 millones de pesetas por sus servicios en telefonía básica. No obstante, el Tribunal considera que el mercado afectado es, únicamente, el de la telefonía básica interprovincial. En este mercado, la cuota de Telefónica al comenzar la campaña de Retevisión era del 100%.

Los efectos de la campaña sobre los competidores y sobre los usuarios no han podido ser cuantificados, pese a la *enorme notoriedad de la campaña que generó cientos de miles de llamadas* sólo en la primera semana de campaña (HP 18), desconociéndose qué proporción de estas llamadas se realizó con inhibición de llamadas al Teléfono 015 de Retevisión, por lo que estos posibles efectos no se consideran para fijar la sanción.

El Tribunal ha declarado con anterioridad conductas abusivas de Telefónica en la Resolución de la Sección Primera de 26 de marzo de 1981 (Expte. 167/80), confirmada por el Pleno del 1 de julio de 1981, en la que se declaró la existencia de una práctica abusiva de posición de dominio en el mercado nacional consistente en la modificación irregular de las tarifas de sus servicios al duplicar los pasos de contador de teléfonos cada tres minutos entre determinadas zonas urbanas injustificadamente lesiva para la economía nacional y para los intereses de los usuarios de dicho servicio público; en la Resolución de 1 de febrero de 1995 (Expte. 350/94, Teléfonos en Aeropuertos), confirmada por Sentencia de 24 de septiembre de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se declara la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications de España S.A., y se impone a Telefónica una multa de 124 millones de pesetas; en la Resolución de 21 de enero de 1999 (Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA), en la que se declara abusivo aplicar en sus relaciones de servicio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, situando a BT en situación



desventajosa frente a la propia Telefónica, y se impone a Telefónica una multa de 580 millones de pesetas; en la Resolución de 26 de febrero de 1999 (Expte. 413/97 Airtel-Telefónica), en la que se declara la conducta abusiva de dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de Airtel S.A. y se impone una multa de 610 millones de pesetas a Telefónica Servicios Móviles (filial de Telefónica al 100%) y de 150 millones de pesetas a Telefónica de España, y, por último, en la Resolución de 27 de julio de 1999 (Expte 394/97 Telefónica-Ibertex), en la que se declara abusiva la modificación del contrato con Ibertex y se impone a Telefónica una multa de 20 millones de pesetas.

Atendiendo a estas circunstancias, el Tribunal ha acordado imponer a Telefónica S.A. la sanción de mil cuatrocientos millones de pesetas. Esta sanción se sitúa muy por debajo de la máxima que permite la Ley.

19. El Tribunal estima que es preciso dar a la presente Resolución una amplia difusión. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, considera que debe ordenar a Telefónica la publicación de su parte dispositiva en el B.O.E. y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de máxima circulación nacional.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

## **HA RESUELTO**

**Primero.-** Declarar acreditada la realización por parte de Telefónica S.A. de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria los *Planes Claros* con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión S.A, su primer competidor en telefonía básica.

**Segundo.-** Imponer a Telefónica S.A. como autora de esta conducta prohibida la multa de mil cuatrocientos millones de pesetas.

**Tercero.-** Intimar a Telefónica S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

**Cuarto.-** Ordenar a Telefónica S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

**Quinto.-** Telefónica S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el cumplimiento de lo acordado en los anteriores apartados segundo y cuarto.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.