

Id Cendoj: 28079130032006100224
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 9174 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL x
- x CAMPAÑA PUBLICITARIA x
- x INTERÉS PÚBLICO x

Resumen:

La empresa de telefonía recurrente fue sancionada por la realización de una práctica restrictiva consistente en el lanzamiento de una campaña publicitaria con aptitud suficiente para incidir en el acceso al mercado de nuevos competidores, en un momento de proceso de liberalización de aquél. La Sala integra el relato de hechos de la sentencia de instancia, y concluye que dicha campaña publicitaria no puede reputarse como un supuesto de explotación abusiva de una previa posición de dominio en el mercado de la telefonía fija, porque para ello lo decisivo no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación; la intención de "obstaculizar" la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Es necesario para su sanción que los actos "distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado" y que "esa grave distorsión afecte al interés público".

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 9174/2003 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y por "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.", representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra la sentencia dictada con fecha 22 de septiembre de 2003 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 483/2000 , sobre infracción de la *Ley de Defensa de la Competencia* ; ambas son, reciprocamente, parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Telefónica, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 483/2000 contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000, recaída en el expediente 456/99 Retevisión/Telefónica, que acordó:

"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".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 2 de diciembre de 2000, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que se declare no ser conforme a Derecho y, en consecuencia, se anule y deje sin efecto la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 8 de marzo de 2000 recaída en el expediente nº 459/99 (asunto Retevisión/Telefónica) o, subsidiariamente, reduzca sustancialmente la cuantía de la multa impuesta a mi representada en los términos indicados en la presente demanda". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 1 de junio de 2001, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- "Retevisión, S.A." contestó a la demanda con fecha 5 de julio de 2001 y suplicó sentencia "en la que se desestime el recurso contencioso-administrativo formulado de contrario, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, todo ello con expresa imposición de costas del presente recurso a la parte recurrente".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 23 de octubre de 2001 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, dictó sentencia con fecha 22 de septiembre de 2003 cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2000, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la graduación de la sanción impuesta y, en consecuencia, debemos anularla y la anulamos en el citado aspecto, declarando proceder imponer la sanción en la suma de 901.518,16 euros, confirmando la Resolución impugnada en sus demás pronunciamientos, sin imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 2 de diciembre de 2003 "Telefónica de España, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 9174/2003 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción del *artículo 24.2 de la Constitución Española*, en conexión con los *artículos 32.1 y 33.2 de la LDC* en su redacción original".

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción del *artículo 6 de la LDC*, en su redacción original, en conexión con el *artículo 3.1 del Código Civil*, así como de la jurisprudencia relativa a la aplicación del citado *artículo 6 de la LDC*".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, "se denuncia la infracción del *artículo 10 de la LDC*, en relación con el *artículo 24.2 de la Constitución* y la jurisprudencia recaída en aplicación de este última".

Séptimo.- El Abogado del Estado interpuso igualmente recurso de casación al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción del *artículo 24.1 CE* en conexión con los *artículos 32.1 y 33.2 de la Ley 16/89*, en su redacción original.

Segundo: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "infracción del *art. 6 de la LDC*, en su redacción original, en relación con el *artículo 3.1 del Código Civil*, así como con la jurisprudencia relativa a la aplicación del citado *artículo 6 de la LDC*".

Tercero: al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional*, por "vulneración del *art. 10.2 de la LDC* que, según la recurrente, ha sido defectuosamente aplicado ya que la Sala sentenciadora no ha aplicado correctamente los criterios de modulación de la sanción".

Octavo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso deducido de contrario y suplicó su desestimación con imposición de costas a la recurrente.

Noveno.- "Telefónica de España, S.A." se opuso al recurso de la contraparte y suplicó sentencia que lo desestime con imposición de costas a la Administración recurrente.

Décimo.- Por providencia de 7 de febrero de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 6 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 22 de septiembre de 2003, estimó sólo en parte (en cuanto a la cuantía de la sanción impuesta) el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Telefónica, S.A." contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000, recaída en el expediente 456/99 Retevisión/Telefónica.

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a "Telefónica, S.A." una sanción de mil cuatrocientos millones de pesetas de multa tras considerarla autora 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."

La Sala de instancia corroboró la existencia de la infracción sancionada si bien redujo la multa a la suma de 901.518,16 euros al reputar que, "atendiendo por una parte, al impacto de la campaña en el mercado -manifestada en el gran número de llamadas de clientes-, al momento económico de apertura de un mercado monopolístico que hace especialmente dañoso potencialmente comportamientos como el descrito; y de otra, a la limitación de la campaña publicitaria en el tiempo y a la falta de acreditación de intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia, corresponde imponer la sanción en el grado máximo de la prevista sin el incremento señalado en el *artículo 10 de la LDC*."

Segundo.- El tribunal de instancia expuso en estos términos los "hechos que resultan probados, no discutidos por las partes y que constituyen la base fáctica del presente recurso":

"1.- El 5 de febrero de 1998 Telefónica lanzó al mercado una campaña de publicidad anunciando una oferta de productos denominada los Planes Claros, que comprendían distintos productos. La campaña concluyó el 5 de marzo de 1998.

2.- A la fecha en que se realizan las operaciones de publicidad, los productos no habían sido autorizados, no siéndolo, posteriormente, alguno de ellos. La mayor parte del coste destinado a la campaña de publicidad lo fue en relación con los planes no aprobados.

3.- Dadas las dimensiones del amplio despliegue publicitario de la campaña comercial, se recibieron un enorme número de llamadas de potenciales clientes, lo que indica el impacto en el mercado de dicha publicidad en un momento en que el mismo se está abriendo a otros competidores desde una situación de monopolio."

Sintetizó el tribunal sentenciador el contenido de la resolución administrativa afirmando que "[...] en

esencia, viene a desarrollar el siguiente hilo argumental: la campaña de publicidad se inicia con anterioridad a su autorización, de manera masiva y en un momento en el que se desarrolla un proceso de liberalización de un mercado antes monopolístico, siendo necesario el uso de infraestructuras de la recurrente por operadores que tratan de acceder a ese mercado."

A partir de esta "base fáctica y jurídica expuesta", analizó la Sala "la concurrencia de infracción administrativa" en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia llegando a las siguientes conclusiones:

"[...] En relación con prácticas abusivas definidas en el *artículo 6 de la Ley 16/1989*, hemos de centrarnos en tres aspectos: 1) la posición de dominio y abuso de ésta, 2) la tendencia objetiva de la conducta, y 3) la aptitud para restringir, falsear o eliminar la libre competencia.

1) La posición de dominio de la recurrente - que no se discute -, es obvia al tiempo de ocurrir los hechos si atendemos a su anterior posición monopolística en el mercado y al proceso de liberalización del mismo. Por otra parte, tampoco es discutido que la codemandada debía utilizar las infraestructuras de la hoy recurrente para prestar el servicio que nos ocupa.

2) Atendiendo a los hechos antes descritos, es evidente la existencia de una conducta que objetivamente tiende a restringir la libre competencia mediante la obstaculización del acceso al mercado de nuevos competidores: resulta claro que lanzar una campaña -de gran impacto-, para captar clientes por una compañía hasta el momento monopolística y cuando se está liberalizando el mercado, tiende de una manera objetiva y directa a obstaculizar el acceso de los nuevos competidores. Si a ello aunamos que la campaña no se encontraba autorizada -y no lo fueron determinados productos-, hemos de concluir que la actuación es objetivamente abusiva.

3) La aptitud para falsear la libre competencia deriva, de la posición de dominio en el mercado de la recurrente, así como de la necesidad - establecida legalmente - de abrir el mercado a otros competidores.

La cuestión estriba en determinar, según afirma la recurrente, si efectivamente existió un comportamiento legítimo al desarrollar la campaña de publicidad pues se había solicitado autorización para los planes publicitados. Tal autorización no había sido concedida al tiempo de realizar la campaña de publicidad - esto es algo admitido por todas las partes -, y, posteriormente no se concedió respecto de determinados productos - cuyo coste en publicidad excedió notablemente de los autorizados. No pude admitirse por ello una actuación ajustada a Derecho por parte de la recurrente en base a una expectativa legítima a obtener la autorización por el simple hecho de solicitarla, pues tal solicitud no presupone obligación de autorización por parte de la Administración - como efectivamente ocurrió al denegarla respecto de determinados productos -, y ello es algo que debía serle conocido a la actora - tenía la obligación jurídica de saber que en tanto la autorización no fuese concedida la misma no tenía eficacia jurídica -. Se realizó pues una publicidad encaminada a obtener clientes ofertado unos productos aún no autorizados, y, que algunos no lo fueron posteriormente."

Concluyó el tribunal sentenciador afirmando que "[...] De todo lo expuesto resulta que la actora realizó una conducta, consistente en dar publicidad a unos productos no autorizados, con aptitud suficiente para incidir en el acceso al mercado de nuevos competidores -dada la magnitud de la campaña y las expectativas que creó en la clientela potencial -. Tal conducta se realizó desde una posición de dominio y en un momento en proceso de liberalización del mercado, es evidente que es subsumible en el tipo del *artículo 6 de la LDC*. Por otra parte, la recurrente tenía obligación jurídica de conocer, tanto la posibilidad de que los planes no fuesen aprobados, así como la posible incidencia de una campaña de este tipo sobre las posibilidades de acceso al mercado de otros competidores en un momento de liberalización de éste."

Tercero.- Antes de centrarnos en el análisis del segundo de los motivos de casación deducidos por "Telefónica de España, S.A.", que consideramos clave para la decisión del litigio, es oportuno que transcribamos, para la mejor comprensión de éste, las partes de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia más relevantes a los efectos del fallo:

A) En cuanto a los hechos:

A1) "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)."

A2) "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'."

A3) "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'."

A4) "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."

A5) "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."

A6) "La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobó, el 5 de marzo de 1998 (BOE 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."

B) En cuanto a los fundamentos jurídicos:

B1) "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 2-12-1999).

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."

B2) "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 hecho probado 3º que en la Exposición de Motivos del *RD-Ley 6/1996* 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."

B3) "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...' (hecho probado 14).

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» (hecho probado 14)."

B4) "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 hecho probado 17, contaban ya con la preceptiva autorización."

B5) "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: [...]"

B6) "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 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."

B7) "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 3-2-1995 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 sí 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 tú 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 tú 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 tú 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."

B8) "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."

B9) "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.

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 F. 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 hecho probado 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 a 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 hacer desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración al mercado.

Telefónica podía legitimamente 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 autorizasen, 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."

Cuarto.- Tanto en la ya parcialmente transcrita resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia como en la parte final del fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada se contienen, además, referencias a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de abril de 1998 cuyo contenido, según a continuación diremos, no fue suficientemente tomado en consideración por la Sala de instancia, que dijo sobre ella lo siguiente:

"Por último, en relación con el escrito de la CMT de 30 de abril de 1998 -que aporta la recurrente-, correctamente afirma el Sr. Abogado del Estado, que nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa, aportando por su parte, como documento 1 unido al escrito de contestación a la demanda, la Resolución de la CMT de 3 de marzo de 1998 relativa a los planes claros, en la que se afirma que los mismos podían suponer una barrera de acceso al mercado para otros competidores."

No puede sostenerse que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 30 de abril de 1998 "nada tenga que ver con el asunto que nos ocupa", antes bien ocurre todo lo contrario. Dicha resolución analizó, en términos singularmente detallados, los problemas que presentaba precisamente la campaña publicitaria de los programas o planes de descuentos asociados al servicio telefónico básico (bajo la denominación "Amigos y Familia Interprovincial") que habían sido sometidos por "Telefónica, S.A." a autorización administrativa, planes de descuento sobre los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había ya emitido su preceptivo informe el 19 de febrero de 1998. Se trataba, pues, de los mismos programas de descuento que habían sido objeto de la denuncia presentada por "Retevisión, S.A." el 2 de abril de 1998 ante el Servicio de Defensa de la Competencia y que han dado lugar al presente recurso.

La circunstancia de que la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 30 de abril de 1998 dé respuesta a otra denuncia, interpuesta por operadores de cable, no obsta en absoluto a la identidad de circunstancias, por lo demás admitida en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, organismo que se refiere a aquella decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el cuarto de sus fundamentos de derecho, transcrito bajo la rúbrica B1) en el apartado anterior de esta sentencia.

Quinto.- El Tribunal de Defensa de la Competencia hizo, sin embargo, a continuación de lo expuesto, una transcripción fragmentada e incompleta de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no refleja con exactitud su contenido. De esta última consideramos relevantes los siguientes extremos:

"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 Telefónica 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 Telefónica para mejorar las condiciones ofrecidas al cliente, extremo éste en absoluto reprochable en términos de competencia efectiva.

En cuanto al posible efecto inhibitorio, 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 *artículo 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, 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 Telefónica '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 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."

Sexto.- Sentadas estas precisiones estamos en condiciones de abordar el análisis del segundo motivo del recurso casación interpuesto por "Telefónica, S.A." al que daremos un tratamiento preferente, no sin antes acceder a la pretensión actora de que integremos el relato de hechos de la sentencia de instancia poniendo de manifiesto cómo "Telefónica, S.A." hizo en la campaña publicitaria la advertencia de que los descuentos estaban sujetos a aprobación administrativa.

Procede, en efecto, integrar tal hecho en el relato de los que como probados contiene la sentencia (que omite referirse a él en un sentido o en otro), si bien, acto seguido, hemos de completar tal integración de hechos añadiendo las precisiones que el Tribunal de Defensa de la Competencia hizo sobre las características tipográficas y de otro orden en que se plasmó la advertencia. A estos efectos nos remitimos a la parte de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que hemos transcrito como epígrafe B7) en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

Séptimo.- El segundo motivo de casación suscitado por "Telefónica, S.A." al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* denuncia la "infracción del *art. 6 de la LDC* , en su redacción original, en relación con el *artículo 3.1 del Código Civil* , así con la jurisprudencia relativa a la aplicación del citado *artículo 6 de la LDC* ". Se funda en un doble argumento: (a) la "errónea interpretación del *artículo 6 de la LDC* realizada por la Sentencia impugnada, al ignorar [...] que la explotación abusiva de la posición dominante requiere necesariamente que la conducta anticompetitiva en cuestión sólo se pueda llevar a cabo desde una posición de dominio en el mercado relevante; y, subsidiariamente, que (ii), aun cuando se aceptase la errónea interpretación del *artículo 6 de la LDC* realizada por la Sala a quo, y conforme a la cual basta con que exista una conducta ilícitamente anticompetitiva realizada por una empresa que goza de una posición de dominio para que concurra una infracción del citado artículo 6, habría que concluir que no ha existido tampoco una infracción del *artículo 6 de la LDC* , ya que la conducta competitiva de Telefónica fue plenamente lícita".

A juicio de esta Sala la segunda línea argumental del motivo basta para estimarlo. El análisis de los hechos que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia consideran probados, a los efectos de subsumirlos en la infracción sancionada, nos lleva a la conclusión de que la campaña publicitaria de autos no puede reputarse como un supuesto de explotación abusiva de una previa posición de dominio en el mercado de la telefonía fija (en el que sin duda "Telefónica, S.A." ocupaba la posición dominante en las fechas de autos).

El primer factor insoslayable resulta ser el contenido mismo de la campaña. En ella "Telefónica, S.A." trataba de ofrecer a determinados grupos de usuarios unos descuentos en los precios de algunas de sus llamadas interprovinciales o internacionales, descuentos que no hay inconveniente en admitir que se presentaron como respuesta comercial (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones afirma en su resolución que eran iguales o superiores) a los ofrecidos por el nuevo competidor entrante en el mercado de la telefonía fija, "Retevisión, S.A.", operador que había lanzado por su parte previamente una campaña publicitaria para fomentar la utilización del prefijo 050 en las llamadas interprovinciales e internacionales, con tarifas más reducidas.

Que tales descuentos en las tarifas telefónicas de "Telefónica, S.A." no eran "predatorios" ni "desmedidos" ni ocultaban "subvenciones cruzadas" (calificativos y expresiones todos ellos utilizados por "Retevisión, S.A." en su denuncia inicial ante el Servicio de Defensa de la Competencia) lo acredita el hecho de que, sometidos por aquella empresa al Ministerio de Fomento los cuatro programas de descuento requeridos de la preceptiva autorización administrativa, fueran informados favorablemente por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y tres de ellos aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos con algunas modificaciones de menor importancia que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia destaca.

El informe del organismo regulador en materia de comunicaciones afirmaba que la aplicación de los planes solicitados era beneficiosa para el mercado y los usuarios y concluía afirmando que, "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 nuevos operadores o reforzamiento de su posición en el mercado una vez introducidas las modificaciones que en el cuerpo de este informe se señalan".

En la Orden de 9 de marzo de 1998, por la que se hace pública la aprobación de los planes por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, consta cómo la Administración incluso suprimió algunas de las restricciones que "Telefónica, S.A." había impuesto a dichos descuentos, esto es, amplió su ámbito subjetivo y territorial.

En lo sustancial, pues, el contenido de la oferta publicada no era contrario, sino favorable, a la libre competencia: los programas de descuento ofrecidos tenían un efecto favorable para los usuarios del mercado relevante y, junto con las demás actuaciones de los nuevos operadores entrantes, tuvieron como consecuencia el descenso generalizado de los precios que era precisamente uno de los objetivos prioritarios de la política de liberalización de las telecomunicaciones auspiciada por la *Ley 12/1997, de 4 de abril*.

Octavo.- Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia de manera particularmente destacada, como la Sala de instancia, ésta con menos énfasis, han puesto el acento en que la intención de la compañía sancionada era "obstaculizar el acceso a los nuevos competidores". Pudiera decirse incluso que el Tribunal de Defensa de la Competencia atiende más a los componentes subjetivos de la conducta consistente en el lanzamiento de la campaña que a los datos objetivos de ésta, aun cuando ciertamente también a estos últimos se refiere. Precisamente para indagar en la "intencionalidad" de aquella compañía no duda en utilizar los documentos internos de sus distintos servicios así como otros en los que da instrucciones a la agencia de publicidad. La Sala de instancia, por su parte, afirma que la campaña "objetivamente tiende a restringir la libre competencia" y subraya de modo repetido que el lanzamiento de aquélla lo fue a sabiendas de la falta de la preceptiva autorización administrativa.

A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de "obstaculizar" la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última.

Cuando, como en este caso ocurrió, el "obstáculo" opuesto al incipiente nuevo competidor consiste en replicar a sus condiciones comerciales ofreciendo el operador históricamente asentado unos descuentos tarifarios análogos o mejores que aquél pero carentes de contenido objetivamente predatorio (y tanto más si dichos descuentos obtienen el informe favorable del regulador de las telecomunicaciones y la subsiguiente aprobación administrativa, finalmente conseguida en lo sustancial), la reacción del operador dominante puede reputarse legítima, al margen del designio subjetivo que se quiera imputar a dicha conducta. Incluso admitiendo que su propósito fuera el de "inhibir" la aceptación por el usuario de los servicios del nuevo operador telefónico, ofreciendo el dominante unas condiciones comerciales más atractivas, incluso en ese caso, tal como acertadamente afirmaba la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en sus resoluciones de 19 de febrero y 30 de abril de 1998 al concluir el análisis de las características de los descuentos tarifarios ofrecidos y pronunciarse sobre su adecuación a las condiciones de competencia en el mercado telefónico, constituiría una "legítima respuesta en el nuevo entorno competitivo".

El análisis de aquellas bonificaciones en las tarifas que hizo el referido informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 19 de febrero de 1998 y sobre el cual el organismo regulador vuelve a insistir en su resolución de 30 de abril de 1998, le condujo a rechazar que los descuentos constituyeran barreras de entrada para los nuevos entrantes, además de señalar las ventajas que incorporaban para el usuario final. La Comisión, a la vez, advirtió cómo las consecuencias -asimismo favorables para el conjunto de operadores- de la rebaja de precios habían de reflejarse de forma proporcional al peso de los costes de interconexión en los servicios de "Telefónica, S.A." a los efectos de los oportunos acuerdos de interconexión. El juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo demás, no aprecia que en este caso los descuentos ofrecidos puedan incidir en otras prácticas contrarias a la libre competencia (se refiere de modo específico a las subvenciones cruzadas o a otras prácticas discriminatorias).

Noveno.- Despejadas, pues, las dudas que pudieran existir sobre la adecuación del contenido mismo de la oferta comercial publicada a las normas reguladoras de la libre competencia, hemos de afrontar acto seguido si la publicidad de dicha oferta pudiera, por sí sola, reputarse explotación abusiva de la posición de dominio de "Telefónica, S.A."

La cuestión admitiría dos enfoques de principio, una vez aceptada la viabilidad en abstracto de que el uso de la publicidad por parte de una empresa dominante en un determinado mercado pudiera, dadas sus características, constituir una conducta ilícita de aquel género. Problema sobre el que existe un cierto debate doctrinal que no es ahora el caso de reseñar y al que no habría inconveniente, para los efectos de

este litigio, en dar una respuesta afirmativa desde el plano meramente teórico. De hecho, en la sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2006 (recurso de casación número 3661/2003) examinamos una Circular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones posterior a los hechos aquí debatidos en la que dicho organismo regulador consideraba que las campañas publicitarias llevadas a cabo por los operadores dominantes en el sector serían conformes a las exigencias de la libre competencia en la medida en que no constituyeran barreras infranqueables a la entrada de nuevos operadores, precisamente por la realización de gastos publicitarios excesivos. Aun cuando anulamos dicha Circular al entender que excedía los límites que a la capacidad normativa de aquel organismo imponen las leyes y que infringía, en concreto, el *artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril* , de Liberalización de las Telecomunicaciones, nuestra sentencia de 1 de febrero de 2006 no excluía la posibilidad teórica de que existieran campañas publicitarias eventualmente acreedoras a aquella calificación.

Centrados ya en el análisis de la oferta publicitaria, el primero de los dos enfoques de la cuestión a los que antes nos referíamos consistiría en discernir si por su características propias la campaña de publicidad, además de pretender el objetivo obvio -y legítimo- de reforzar la fidelidad de los antiguos clientes o ganar otros, resultaba innecesaria y conducía, más bien, a la configuración de un mercado cautivo imponiendo al nuevo operador, como barrera de entrada, la necesidad de acometer, en réplica, gastos publicitarios desorbitados que hicieran inviable o muy seriamente gravosa su respuesta comercial.

En la sentencia impugnada hay muy pocas referencias a esta cuestión: la Sala se limita a afirmar que la campaña fue "de gran impacto", que tuvo un "amplio despliegue", y se refiere, en algún pasaje, a su incidencia sobre las posibilidades de acceso al mercado de otros competidores; pero no llega a analizar en concreto si constituyó una barrera de entrada al nuevo operador que había formulado la denuncia y respecto del cual había girado todo el expediente sancionador. Por el contrario, en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (fundamento jurídico octavo, que parcialmente hemos transcrito como epígrafe B4) en el correspondiente de esta sentencia) sí se aborda esta cuestión para destacar el mayor coste respecto de campañas previas de "Telefónica, S.A." o la mayor intensidad de los impactos publicitarios en determinados días de la campaña, respecto de la hecha por "Retevisión, S.A."

El énfasis en estos datos no puede hacer olvidar, sin embargo, algo que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró "irrelevante" y no lo era: la capacidad financiera del nuevo entrante, controlado por grupos económicos con gran poder financiero, le permitía replicar la inversión publicitaria de su oponente en análogas condiciones, esto es, sin que a consecuencia de ella se hiciera inviable o muy gravosa su paulatina introducción en el mercado de la telefonía fija. Y en cuanto a la "necesidad" de la propia campaña publicitaria, si entendemos aquel término dentro de un contexto determinado en el que el nuevo competidor despliega su propia campaña publicitaria, también de amplio impacto, para resaltar los puntos débiles del operador ya asentado y, por contraste, la mayor eficacia del nuevo, podremos concluir que la campaña de "Telefónica, S.A." tenía una justificación comercial aceptable.

Décimo.- El segundo de los citados enfoques -que fue, en definitiva, el que prevaleció en la decisión final del Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien la sentencia impugnada no se refiere a él de modo explícito- atiende al contenido supuestamente "desleal" de la campaña publicitaria. Aun cuando ni el adjetivo "desleal" ni el concepto de deslealtad aparecen en la sentencia de instancia, sí lo hacen y de modo reiterado en la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia hasta el punto de que, según hemos transcrito, la conclusión final de éste fue que la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio por parte de "Telefónica, S.A." derivaba de "su intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica mediante una campaña de contenido desleal." A lo que añadió el mismo organismo que "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* ".

Para que los actos de competencia desleal puedan ser sancionados como conductas prohibidas a título de la *Ley 16/1989* ésta, tras la reforma hecha por la *Ley 52/1999, de 28 de diciembre* , exige que aquellos actos "distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado" y que "esa grave distorsión afecte al interés público". Tal es el contenido del *artículo 7 de la Ley 16/1989* que, bajo la rúbrica de "falseamiento de la libre competencia por actos desleales", determina que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales puedan ser tachadas de anticompetitivas según la *Ley 16/1989* y castigadas por vía administrativa.

Según ya hemos expuesto en sentencias anteriores como la de 8 de marzo de 2002 al resolver el recurso de casación número 8088/1997, con esta ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la *Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7* comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo

afectan a las empresas cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

La ampliación de conductas perseguibles a título de la *Ley 16/1989* se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la *Ley 16/1989*, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la *Ley 3/1991, de 10 de enero*, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la *Ley 3/1991*). Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del *artículo 7 de la Ley 6/1989* como, a fortiori, por la propia *Ley 3/1991*, una dimensión pública relevante.

Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del *artículo 7 de la Ley 16/1989*, englobando en él tan sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquélla sancionable a título del *artículo 6 de la Ley 16/1989*.

En efecto, existiendo en la *Ley 16/1989* un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no cabe prescindir de los requerimientos materiales del *artículo 7 de dicha Ley* para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Por decirlo en otros términos, la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el *artículo 6 de la Ley 16/1989*, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra.

A partir de estas premisas hemos de valorar si el supuesto comportamiento desleal imputado a "Telefónica, S.A." era susceptible de ser tipificado en los términos en que lo fue por el Tribunal de Defensa de la Competencia, aceptados después por la Sala de instancia. La respuesta debe ser negativa. Si la propia Sala sentenciadora admite de modo expreso que no se acreditaron "intensos daños reales y una real y grave distorsión de la libre competencia" (afirmación que le sirve únicamente para reducir el importe de la sanción pecuniaria) en buena lógica debió estimar que el acto desleal no era susceptible de ser sancionado a título de la *Ley 16/1989* pues, como ya hemos subrayado, sólo si los actos desleales distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público pueden recibir aquella incriminación.

Y es que, en efecto, sentado que el contenido mismo de la campaña publicitaria (esto es, el programa de descuentos ofrecidos) favorecía la competencia en el mercado de la telefonía fija con beneficio para los usuarios que veían rebajado el precio de sus llamadas, y una vez excluido que la difusión o publicidad de aquéllos supusiera una barrera de entrada al nuevo operador por imponerle la necesidad de acometer en réplica inversiones publicitarias tales que hicieran inviable o muy seriamente gravosa su respuesta comercial, el mero hecho de que dicha campaña publicitaria pudiera calificarse como desleal por no reflejar de modo suficientemente destacado la necesidad de la previa autorización administrativa o por contener otras indicaciones no suficientemente exactas, tal hecho, decimos, no es sancionable a título de la *Ley 16/1989* si, como en este caso, ocurrió, no distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

Debe pues, estimarse el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por "Telefónica, S.A.", lo cual, por un lado, hace innecesario el análisis del resto y, por otro lado, implica la desestimación del que dedujo el Abogado del Estado para abogar por el mantenimiento de la sanción originaria, reducida por la

Sala de instancia. Y por los mismos fundamentos expuestos ha de ser estimado igualmente el recurso contencioso-administrativo en el que se impugnaba la conformidad a derecho del acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia objeto de litigio.

Todo ello no implica, por lo demás, inmisión alguna en la competencia propia de la jurisdicción civil, que habrá de resolver, dentro del ámbito mercantil de las relaciones entre las dos empresas enfrentadas, la valoración de su actuación a efectos de la *Ley de Competencia Desleal*. Una y otra empresa ("Telefónica, S.A." y "Retevisión S.A.") formularon sendas demanda y reconvención al respecto y, de hecho, en el proceso ante la Sala de la Audiencia Nacional se aportó copia de la sentencia, no firme, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Majadahonda (Madrid) el 18 de octubre de 2000 en el litigio civil correspondiente. Cualquiera que sea el resultado ulterior de los recursos de apelación o de casación eventualmente deducidos frente a aquélla, en nada incide sobre el resultado de éste.

Undécimo.- En cuanto a las costas, las del recurso de casación interpuesto por "Telefónica de España, S.A.", serán satisfechas por cada parte; las derivadas del recurso de casación del Abogado del Estado correrán a su costa; y respecto de las costas de la instancia, no hacemos imposición de ellas a ninguna de las partes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Estimar el recurso de casación número 9174/2003 interpuesto por "Telefónica de España, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de fecha 22 de septiembre de 2003, recaída en el recuso número 483 de 2000, que casamos y anulamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo 483/2000 interpuesto por "Telefónica, S.A." contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de marzo de 2000, recaída en el expediente 456/99 Retevisión/Telefónica, resolución que anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

Tercero.- Desestimar el recurso de casación del Abogado del Estado contra la citada sentencia.

Cuarto.- Las costas del recurso de casación interpuesto por "Telefónica de España, S.A." serán satisfechas por cada parte; las derivadas del recurso de casación del Abogado del Estado correrán a su costa; y respecto de las costas de la instancia, no hacemos imposición de ellas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.