

Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio (Publicada en el BOE nº 208, de 31/08/1998)

[ANULADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 3ª, DE 1 DE FEBRERO DE 2006, RECURSO DE CASACIÓN Nº 3661/2003 (Publicada en el BOE nº 55, de 6 de marzo de 2006)]

Resolución de 31 de julio de 1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 1/1998, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sesión celebrada el día 30 de julio de 1998, aprobó la Circular referenciada en el título de esta Resolución.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.dos.2.f de la Ley 12/1997, de 24 de abril, que establece la obligatoria publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de estas Circulares, he resuelto ordenar que el texto que figura como anexo a esta Resolución, se publique en el *Boletín Oficial del Estado*.

Madrid, 31 de julio de 1998.

El Presidente, José María Vázquez Quintana.

Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio.

El artículo 1.dos.2.f, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones capacidad normativa para dictar instrucciones o Circulares dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez hayan sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, con el fin de *salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicación por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios y, en general, a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia.*

Conforme a los precedentes jurisprudenciales en España y en la Unión Europea, a los referentes doctrinales comunitarios y a la práctica de la Comisión Europea, las campañas publicitarias están normalmente vinculadas a la esfera de la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, de la protección de consumidores y usuarios y de la simple deslealtad competitiva. Sin embargo, la publicidad efectuada por los operadores dominantes es susceptible de constituir un abuso contrario a la

libre competencia cuando presenta una particular relevancia, provocando un impacto sensible sobre los mercados afectados. La apreciación de dicho efecto está ligada a la valoración de la posible existencia de barreras de entrada, erigidas éstas por los operadores dominantes a través de la realización de gastos publicitarios excesivos.

Por lo antedicho y de conformidad con lo previsto en el artículo 1.dos.2.f de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 20 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

Esta Comisión ha dispuesto:

Primero.

La presente Circular tiene por objeto establecer los criterios con arreglo a los cuales la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones analizará la adecuación a las exigencias de salvaguarda de la libre competencia, de determinados comportamientos de las entidades con posición de dominio operantes en el sector que actúen como anunciantes en campañas publicitarias. Asimismo, se establece un procedimiento facultativo de notificación previa de los proyectos de campaña publicitaria con el fin de obtener un examen preliminar y no vinculante por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Las disposiciones de esta Circular afectan única y exclusivamente a la actividad publicitaria estrictamente considerada, sin pronunciarse, en modo alguno, sobre la oferta comercial publicitada contenida en la misma. La conformidad o no de la citada oferta con las exigencias de la libre competencia será independiente del eventual carácter abusivo o procompetitivo de la campaña publicitaria correspondiente.

Segundo.

Los operadores que tengan la consideración de dominantes en los mercados de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, habrán de efectuar sus campañas publicitarias de conformidad con las exigencias de la libre competencia. Se considerarán conformes a las exigencias de la libre competencia, las campañas publicitarias llevadas a cabo por dichos operadores en cualquiera de los mercados mencionados, que no constituyen barreras a la entrada de nuevos operadores. Dichas barreras podrán tener su origen en la realización de gastos publicitarios excesivos, entendiéndose por tales aquellos que con carácter cumulativo:

- a. Tengan por objeto reforzar la fidelidad de sus clientes, inhibiendo, de forma sensible, la contratación de potenciales clientes con los nuevos operadores y configurando así mercados cautivos.
- b. Resulten desproporcionados respecto de la magnitud económica, que, con arreglo a criterios generalmente aceptados en el mercado relevante, pudiera tener un operador entrante para poder competir de forma eficiente.
- c. Priven a los operadores entrantes de un legítimo margen de respuesta exponiéndolos a la necesidad de efectuar elevadas inversiones que resulten inviables o seriamente gravosas para su economía, así como a un proceso de posicionamiento en el mercado más lento y difícil, al tener que hacer frente a hábitos de consumo y asociaciones de ideas fortalecidos ambos a través de la correspondiente campaña publicitaria.

Tercero.

Los destinatarios de la presente Circular podrán notificar a esta Comisión con una antelación mínima de diez días naturales respecto a su fecha de inicio, las campañas objeto de ulterior lanzamiento, a los efectos de que aquélla pueda tener un conocimiento previo de las mismas. Esta eventual notificación no prejuzgará la posible y ulterior adopción de las medidas a las que se refiere el apartado séptimo de la presente Circular.

Cuarto.

La notificación de referencia deberá incorporar aquellos parámetros que permitan a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones valorar el impacto de las mismas sobre los mercados afectados, a saber:

- a. Servicio objeto de publicidad, así como características, contenidos y condiciones generales de la oferta anunciada y de mensaje publicitario;
- b. Cronología de las prácticas publicitarias;
- c. Costes estimados de la campaña notificada y, en relación con el ejercicio económico en curso, presupuesto estimado de gastos en publicidad para el servicio anunciado, así como ingresos anuales estimados de dicho servicio;
- d. Medios informativos a través de los cuales se canalizarán, número, frecuencia, duración y franja horaria de las emisiones publicitarias en cada uno de dichos medios; la información notificada tendrá el carácter de confidencial.

Quinto.

Si a juicio de esta Comisión, con arreglo a los criterios establecidos en el apartado segundo de la presente Circular, la actividad publicitaria notificada no presentase rasgos de incompatibilidad con las exigencias de la libre competencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no emitirá pronunciamiento alguno, sin perjuicio de lo que se establece en el apartado séptimo de esta Circular. Si, por el contrario, se estimase incompatible con las exigencias de la libre competencia o presentase a este respecto un carácter dudoso, esta Comisión dirigirá al operador anunciante un escrito en el que se dejará constancia motivada de tales extremos.

Sexto.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dispondrá de un plazo de siete días naturales, a contar desde la fecha de entrada en el registro, en esta Comisión, de la notificación correspondiente para emitir la comunicación del apartado anterior.

Séptimo.

La comunicación remitida por esta Comisión:

- a. En ningún caso impedirá, pospondrá o condicionará la puesta en marcha de la actividad publicitaria, pudiendo el operador proceder a la misma en la fecha inicialmente prevista. No obstante, una vez iniciada la campaña publicitaria, ésta será objeto de control por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que procederá, de oficio, con arreglo a los criterios establecidos en la presente Circular. El citado control será realizado, tanto si ha sido cumplimentado el trámite facultativo de notificación al que se refiere el apartado tercero de la presente Circular, como si no se ha hecho uso del mismo por parte del operador titular de la campaña de publicidad.

- b. Se efectuará sin perjuicio, cualquiera que sea su valoración, de las medidas cautelares y cualesquiera otros procedimientos administrativos que eventualmente pudiera iniciar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en ejercicio de sus competencias.
- c. No prejuzgará la compatibilidad del contenido de la oferta comercial objeto de publicidad con las exigencias de la libre competencia.

De las consideraciones expuestas en este apartado séptimo se dejará debida constancia en la comunicación de referencia.

Octavo.

En el plazo de un año, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones revisará la presente Circular a la luz de las condiciones de competencia efectiva que, en ese momento, presente el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

NOTAS: MODIFICACIONES POSTERIORES A SU PUBLICACIÓN

Vigente hasta el día 6 de marzo de 2006, fecha de entrada en vigor de la Sentencia de 1 de febrero de 2006, de la Sala Tercera, Sección Tercera, del Tribunal Supremo (Recurso de Casación nº 3661/2003), por la que se anula la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio (Publicada en el BOE nº 55, de 6 de marzo de 2006).

Enlace a la Base de Datos IBERLEX de la Página Web del BOE:

- Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio (*Publicada en el BOE nº 208, de 31/08/1998*):

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1998/20708

- Sentencia de 1 de febrero de 2006, de la Sala Tercera, Sección Tercera, del Tribunal Supremo (Recurso de Casación nº 3661/2003), por la que se anula la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio (*Publicada en el BOE nº 55, de 06/03/2006*):

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2006/03952