

Id Cendoj: 28079230062007100067
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 162 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 162/2004, se tramita, a instancia de **Telefónica** de España, S.A.U., representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 1 de abril de 2004 (expediente 557/03), sobre infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte codemandada la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL).

La cuantía del presente recurso es de 57 millones de euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de **Telefónica** de España, SAU interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 18 de abril de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 20 de abril de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) presentó escrito el 13 de mayo de 2004, en el que solicitó ser tenida como parte en el presente recurso, y la Sala por providencia de 14 de mayo de 2004 le tuvo por personado en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente, en su turno, contestó a la demanda la parte codemandada, oponiéndose a la misma y solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 23 de enero de 2007.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa (TDC) de 1 de abril de 2004, que sancionó a **Telefónica** de España, S.A.U. (**Telefónica** , S.A.), hoy parte actora, por una infracción de abuso de posición dominante del *artículo 6 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC).

La Resolución impugnada dice en su parte dispositiva:

1º. Declarar acreditada la realización por parte de **Telefónica** de España SAU 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* y por el *artículo 82 del Tratado CE* , consistente «en un abuso de posición dominante, al vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores».

2º. Imponer a **Telefónica** de España SAU, como autora de esta conducta prohibida la multa de EUROS CINCUENTA Y SIETE MILLONES.

3º. Intimar a **Telefónica** de España SAU para que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar tales prácticas y conductas prohibidas, que ha mantenido a lo largo de todo este tiempo y no han cesado, durante la instrucción de este expediente.

4º. Ordenar a **Telefónica** de España SAU a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo, indicando que la preasignación de operador no supone ninguna implicación negativa en términos de calidad de servicio **telefónico** básico, mantenimiento de la línea, recepción o precio de los servicios suplementarios.

5º. Ordenar a **Telefónica** de España SAU la publicación, a su costa y en el plazo subsiguiente 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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) Indefensión por denegación de pruebas relevantes en el expediente ante el TDC, 2) Improcedencia radical de la sanción impuesta: infracción del principio "non bis in idem", 3) Improcedencia radical de la sanción impuesta: ausencia de culpabilidad y frontal vulneración de los principios de confianza legítima y buena fe, 4) Manifiesta arbitrariedad y subjetividad de la Resolución recurrida: inexistencia de ninguna estrategia preconcebida en la conducta de la recurrente, 5) Inexistencia de ningún acto de vinculación en las conductas denunciadas, 6) Improcedente calificación como actos de abuso de posición de dominio de las prácticas pretendidas desleales de **Telefónica** : reacción proporcionada en el mercado, 7) Las conductas de la recurrente enjuiciadas no reúnen los requisitos para ser calificadas como desleales por causar confusión en los usuarios, 8) La conducta de la recurrente no fue denigratoria, 9) Argumento subsidiario: manifiesta desproporción de la sanción impuesta a la recurrente.

El Abogado del Estado y la parte codemandada contestaron los argumentos de la actora, oponiéndose a los mismos y solicitaron la desestimación del recurso.

TERCERO.- La Sala tiene por probados los mismos hechos probados que se incluyen en los dos primeros apartados de los Hechos Probados de la Resolución impugnada, que se reproducen seguidamente.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

PRIMERO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Informe Anual correspondiente al año 2000 «analiza la situación actual del mercado de la telefonía fija en España» que refleja la posición

de dominio por parte de **Telefónica** de España SAU, que mantiene una cuota del 91,57% por ingresos totales, teniendo su inmediato competidor «tras cinco años» una cuota del 2,76%, teniendo sólo dos de los varios operadores que compiten en el mercado una cuota superior al 1%.

El mercado de las telecomunicaciones ha experimentado en los últimos años un proceso de liberalización progresiva, tras el régimen de monopolio anterior, que culmina 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 diciembre 1991, que se atribuían a **Telefónica** en condiciones de monopolio al régimen de competencia plena o restringida.

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 ahí que:

1º.-el operador dominante, en este caso **Telefónica**, propietario de la red básica (red de acceso) debe permitir el acceso a la misma en condiciones transparentes, no discriminatorias, objetivas, igualitarias y proporcionales a las condiciones de las que disfruta como titular de la red («ex» artículo 2.8 RDL 6/1996 [RCL 1996\1766 y 1837]; artículo 18 RD 1912/1997 [RCL 1997\3056]; y artículo 22 de la Ley 11/1998 [RCL 1998\1056 y 1694]).

2º.-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 RDL 6/1997).

El artículo 4 y la *Disposición Transitoria Tercera del RD 1912/1997* señalan que **Telefónica** es operador dominante en la prestación del servicio **telefónico** básico.

El artículo 3.1 y la *Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1998* establece 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 accesible» (RCL 1998\1056 y 1694).

Además, **Telefónica** es el operador propietario de la red básica de telecomunicaciones y controla, por ello, el acceso a una instalación necesaria para la prestación de servicios en el mercado relevante. Por consecuencia de ello, debe poner a disposición de los operadores competitivos, entre otros, los siguientes: servicios de reparación de averías de los terminales; servicios de mantenimiento de la línea **telefónica**; servicio técnico ágil; servicio de salto de línea; servicio de desvío de llamadas; servicio de contestador; servicio de tarificación; servicio Ibercom; servicio RDSI; servicio ADSL; servicio de instalación y mantenimiento de líneas RDSI y ADSL; servicio de información **telefónica** a través del 1003, etc.

3º.-La señal **telefónica** es llevada por la red de acceso de origen del terminal donde se ha iniciado la llamada hasta la central de conmutación que dicho terminal tenga asignada. Allí, la señal se encamina a la red de tránsito, por la que circulará hasta la central de conmutación de la que dependa el terminal destinatario de la llamada. Finalmente, esta central de conmutación transfiere la señal a la red de acceso de terminación, que la llevará hasta el terminal receptor de la llamada.

La introducción de la competencia en el mercado de la telefonía fija se puede realizar tanto a través de la red de acceso, como de la red de transporte o tránsito. La envergadura y complejidad de la red de acceso limita las posibilidades de entrada de operadores competidores en la medida que los nuevos entrantes deben afrontar elevadas inversiones económicas y extensos plazos de ejecución para llevar su propia red hasta cada uno de los potenciales clientes de sus servicios. Por ello, la introducción de la competencia en el mercado de la telefonía fija se viene centrando, durante las primeras fases del proceso de liberalización, en la entrada de nuevos operadores que compitan con la red de tránsito del anterior monopolista.

Para conseguir introducir competencia en la red de tránsito, resulta esencial que el usuario pueda elegir entre los distintos operadores que presten el servicio de transporte de la llamada. Debe configurarse, por tanto, un mecanismo que permita que la red de acceso origen de la llamada **telefónica** encamine ésta hacia la red de tránsito del operador elegido por el usuario para transportar la llamada. Este mecanismo puede adoptar la modalidad de selección del operador llamada a llamada o de preselección del operador.

SEGUNDO.- El mecanismo de la preselección o preasignación permite al usuario elegir por anticipado el operador que transportará sus llamadas de forma automática, sin necesidad de marcar un código de selección antes del número del destinatario de la llamada. La preasignación evita así una situación de discriminación o barrera a la entrada de nuevos competidores que no cuentan con red de acceso propia y, lo que es más importante, posibilita al usuario en un sistema económico de libre competencia y empresa decidir quién sea su operador.

«La trascendencia que desde el punto de vista de la competencia tiene el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de los operadores de telecomunicaciones (operadores de acceso dominantes y nuevos entrantes) es el principio fundamental que informa la regulación en materia de preselección, junto con la preocupación por garantizar y proteger los derechos de los usuarios».

En todo caso, la preasignación como herramienta de apertura del mercado de la telefonía fija, se ha visto retrasada por consecuencia de sucesivos incumplimientos de la normativa sectorial por parte de **Telefónica** (operador obligado a facilitar su puesta en funcionamiento). Es de recordar, las normas del *Reglamento de Interconexión (RCL 1998\1901 y 2541)* que desarrolla la *Ley 11/1998 (RCL 1998\1056 y 1694)* General de las Telecomunicaciones; el RDL 16/1999 (RCL 1999\2620) que imponía a **Telefónica** la obligación de introducir los mecanismos y procedimientos necesarios para permitir el adecuado funcionamiento de las preasignaciones en el 100% de sus líneas digitales, antes del 1 febrero 2000; el RDL 7/2000 (RCL 2000\1405) de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, amplía a este tipo de llamadas el ámbito del mecanismo de preasignación, que cubría hasta ese momento las llamadas a larga distancia (provinciales, interprovinciales e internacionales) viniendo a modificar la *Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* .

La preasignación se encuentra, finalmente, operativa desde el día 13 febrero 2001.

CUARTO.- La conducta de abuso de posición dominante por la que el TDC sanciona a **Telefónica** S.A. se desarrolló durante los años 1999 a 2002, en este marco de transición desde una situación de monopolio legal a otra de libre competencia en el sector de la telefonía fija, que la Resolución impugnada describe como se acaba de exponer.

Tal conducta abusiva consistió en un conjunto de acciones de **Telefónica** S.A. que el TDC agrupa, a efectos de claridad expositiva, en tres apartados: 1) anuncios de Televisión, 2) argumentarios frente a la presentación (documentos de exclusivo uso interno dirigidos a los comerciales de **Telefónica** , S.A.), y 3) mailings o cartas-tipo, remitidas a empresas que había optado por la preasignación. Exponemos seguidamente su contenido, según consta en el apartado de Hechos Probados de la Resolución impugnada, si bien excluimos los juicios de valor y apreciaciones que aparecen entremezclados con el texto de los anuncios de TV, argumentarios y mailings, por estar fuera de lugar en una narración fáctica.

I.- Anuncios de Televisión:

Se trata de los anuncios denominados: "Spot preasignación gran público", "Abuelita", "Imprenta", "Mensajería", "Oficina", "Parking". Su texto es el siguiente, según transcribe la Resolución impugnada del TDC:

I.1) En cuanto al denominado «Spot Preasignación Gran Público», en el que aparece un joven conversando **telefónicamente** con un operador alternativo a **Telefónica** , y cuyo texto se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo I):

«¡Genial!, entonces en ese precio ustedes ya me instalarían la línea, ¿verdad?

¡Ah!, que no. Pero el servicio de contestador sí.

Tampoco. ¡Vaya! ¿Y líneas RDSI para internet?

¡Ah!, que esa clase de líneas no.

¿Y llamada a tres?

O sea, que ni a tres, ni a cuatro, ni a nada. Oiga, disculpe un segundo,

¿pero si algún día tengo una avería? Que hable con **Telefónica** . Bueno, ¿y tú no tendrías por ahí el

teléfono? El 1004. Pues muchas gracias, bonita, eh. Hasta luego, gracias».

VOZ EN OFF: «El futuro de las telecomunicaciones está lleno de preguntas.

¿Quieres respuestas?

Infórmate en el 1004.

Telefónica ».

(folio 1638, subrayado del SDC)

Este anuncio se emitió en dos oleadas, según indicó **Telefónica** en dos escritos:

Mediante escrito de 31 de octubre de 2002, con entrada en el Servicio el 13 de noviembre, **Telefónica** declaró, que «Este spot se emitió en primera oleada desde el 10 de diciembre al 19 de diciembre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV, las televisiones autonómicas y Vía Digital. El horario "prime time" supuso el 36% del total».(folio 1698).

En cuanto a la segunda oleada, **Telefónica** declaró, en su escrito a de 4 de octubre de 2002, que: «(S)e emitió (...) entre el 1 de enero de 2000 y el 23 de enero de 2000, en las siguientes cadenas de televisión: TVE1, TVE2, Antena 3TV y cadenas autonómicas (TV3, TVM, C9, CST, TVG y ETB). El porcentaje en prime time sobre el tiempo total de emisión contratado fue del 45,9% durante ese período».(folio 1617).

I.2) En cuanto al spot titulado «Abuelita», que recoge el diálogo de un comercial de un operador alternativo con una señora de avanzada edad que a continuación se transcribe (véase secuencia de fotogramas en el anexo II):

OPERADOR ALTERNATIVO (O. A.): «Buenos días».

SEÑORA: «Buenos días».

O. A.: «Somos el nuevo operador de telefonía, ¿conoce nuestros increíbles precios? Tome, mire, mire».

SEÑORA: «Espere que me pongo las gafas que no veo».

O. A.: «Claro, mujer, cómo no».

SEÑORA: «Bueno, pero esto es igual que lo que tengo, ¿no?».

O. A.: «Bueno, dígame señora, ¿tiene alguna duda?».

SEÑORA: «Si se rompe el teléfono, va a venir usted a repararlo, ¿no? Porque me resulta usted un chico muy simpático».

O. A.: «Mire, para eso vendrá **Telefónica** ».

SEÑORA: «Ah, bueno, pero puedo poner el contestador...».

O. A.: «Sí, claro, mire, pero yo le comento...».

SEÑORA: «¿Y puedo hacer que una llamada se espere como hasta ahora?».

O. A.: «Sí, claro, pero déjeme que le explique...».

SEÑORA: «Ah, entonces no crea que chocheo, no me lío por cuatro duros, mire, yo tengo la tarifa esa de **Telefónica** de las cuatro estrellas, que me ahorro casi la mitad».

O. A.: «Sí, pero entienda que nuestros precios son...».

SEÑORA: «No».

O. A.: «Señora...».

SEÑORA: «No».

O. A.: «Por favor señora...».

SEÑORA (cerrando la puerta): «No, no, nada».

O. A.: «Por favor señora...».

SEÑORA (llamando a su perro): «Rogelio, Rogelio».

(El perro acude a la puerta y el comercial del operador alternativo se va).

CARTELA: « **Telefónica** , quién si no».

Telefónica declaró en su escrito de 31 de octubre de 2002, con entrada en el Servicio el 13 de noviembre, que «(...) se emitió desde el 22 de septiembre al 18 de octubre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV y las televisiones autonómicas. El horario "prime time" supuso el 52.6% del total».(folio 1698)

I.3) En relación con el anuncio «imprensa», que reproduce una supuesta visita de un comercial de un operador alternativo al gerente de una imprenta, y que tiene el siguiente texto (la secuencia de fotogramas se encuentra en el anexo III):

O. A.: «Buenos días, señor Rubio, somos el nuevo operador de telefonía, vea qué precios y qué descuentos».

Sr. Rubio: «Esto me interesa, aunque ya tengo buenos descuentos. Oiga, si tengo algún problema con la centralita, vendrán ustedes en menos de 4 horas como hasta ahora, ¿no?(2)

(2)Se refiere al Servicio Integral de Mantenimiento, consistente en reparar la línea en condiciones ventajosas, y que debe considerarse un servicio suplementario a efectos del expediente, como lo hace la propia **Telefónica** en sus escritos internos (folio 1105)

Sr. Rubio: «Y las líneas rápidas de RDSI, me las podrían instalar, ¿no?».

O. A.: «Es que eso, mire, nuestra empresa pretende hacer toda una infraestructura y...».

Sr. Rubio: «Oiga, este papel se podría haber impreso mejor».

O. A.: «Seguramente, pero, señor Rubio, ¿por qué no mira las ofertas?».

Sr. Rubio: «Mire, **Telefónica** me da un servicio global. Ahora, que si usted quiere, yo le puedo imprimir de nuevo esta hoja, hacerle un descuento, y mejor calidad».(...)

CARTELA: « **Telefónica** , quién si no».(folio 1702)

Telefónica declaró en el citado escrito con entrada el 13 de noviembre que «(...) se emitió desde el 22 de septiembre al 19 de octubre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV y las televisiones autonómicas. El horario "prime time" supuso el 52.6% del total».(folio 1698)

I.4) . En cuanto al anuncio «mensajería», en el que se representa el diálogo del gerente de una empresa con un amigo, y cuyo texto se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo IV):

AMIGO (A): «Te acompaño Paco. Ah, has cambiado de mensajería».

GERENTE (G): «Sí, mira, las otras tenían muchas ofertas, pero chico, la una no recogía a tiempo, la otra no llegaba. Total, que estaba de los nervios.

A: «No exageres, seguro que te compensaba».

G: «Hazme caso, lo mejor es una empresa que te ofrezca todos los servicios, si no, te vuelves loco con tanta oferta.

A: «Oye, y hablando de ofertas, ¿qué vas a hacer con la compañía del teléfono?».

G: «Pues qué quieres que haga, quedarme con **Telefónica** . Mira, me han puesto el número 900, móviles, Internet, mantenimiento, todo. Y ojo, ahora quiero tres líneas RDSI, ¿y quién me las pone? Pues **Telefónica** ».

A: «Claro, así no arriesgas».

CARTELA: **Telefónica** , quién si no.(folio 1704)

Telefónica señaló en el mismo escrito que

«(...) se emitió desde el 19 de octubre al 10 de diciembre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV, las televisiones autonómicas y Vía Digital. El horario "prime time" supuso el 49 % del total».(folio 1698)

I.5) En cuanto al anuncio «Oficina», con el siguiente texto (véase la secuencia de fotogramas en el anexo V):

«EJECUTIVO: ¿Te conozco?

SEÑORA: ¿Perdone?

EJECUTIVO: Estoy seguro de que te conozco.

SEÑORA:... Como no haya sido en alguna fiesta de mi marido.

CARTELA: La importancia de saber quién es.

LOC OFF: Servicio de Identificación de Llamadas de **Telefónica** .

Para saber quién te llama.

Ahora gratis por ser cliente de **Telefónica** .

¡Pídelo ya!(...)».(folio 1929, subrayado del SDC)

Telefónica indicó en su escrito de 4 de octubre de 2002, que este anuncio«(...) se emitió durante los días 22 a 30 de junio de 2002, exclusivamente a través de Antena 3 TV. Los spots se emitieron en horario "prime time"»(folio 1615, subrayado del SDC)

I.6) La misma frase «gratis por ser cliente de **Telefónica** » figura en el anuncio denominado «Parking», cuyo texto se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo VI):

«CHICO: ¿No me has visto tío que estoy intentando aparcar?

¿Cariño, has visto este...?

CHICA: ¡Hola Papá!

PADRE: Hola hija, ¿qué tal?

CHICA: Muy bien.

PADRE: ¿Pero...?

CHICA: Es Javi, es mi novio.

CARTELA: La importancia de saber quién es.

LOC OFF: Servicio de Identificación de Llamadas de **Telefónica** .

Para saber quién te llama.

Ahora gratis por ser cliente de **Telefónica** .

¡Pídelo ya!(...)».(folio 1632, subrayado del SDC)

Según declaró **Telefónica** en el citado escrito de 4 de octubre de 2002:«Este spot junto a la versión "OFICINA" forman parte de la misma campaña del Servicio de Identificación de Llamadas y se estuvo emitiendo como la versión anterior indistintamente durante los días 22 de junio al 30 de junio de 2002, exclusivamente en Antena 3TV. Como en la otra versión, este spot se emitió en horario prime time».(folio 1615, subrayado del SDC)

II) Argumentarios frente a la preasignación.

Los argumentarios son documentos de formación para el personal de **Telefónica** que contacta con empresas preasignadas (folio 286), para transmitirles «qué argumentos debemos emplear para intentar que los clientes dejen la preasignación con otros operadores y vuelvan a ser clientes de **Telefónica** ».(folios 273 y 291)

En el expediente constan dos argumentarios:

-El primero se elaboró al principio de la facilidad de preselección, ya que sólo hace referencia a la preasignación para llamadas a larga distancia y fijo-móvil. Existen tres versiones de este argumentario (escrita -folios 270 a 289, impresa de la Intranet de **Telefónica** - folios 290 a 303, y transmitida por fax a una empresa -folios 304 a 307-). En ocasiones se observan ligeras diferencias entre ellos, como se explicará más adelante.

-Además figura un argumentario de 29 de agosto de 2001, que incluye la preasignación de llamadas metropolitanas.

i. «Al estar preasignado si tengo una avería, ¿a quién acudo?

Lo lógico sería ponerse en contacto con el operador que tiene preseleccionado. No obstante, en función del tipo de avería corresponderá a **Telefónica** o al otro operador solucionar el problema, por lo que es probable que se alargue el tiempo de resolución de la misma hasta que se determine quién es el responsable».(folios 283, 299 y 304, subrayado del SDC)

En una transmisión por fax de este argumentario se dice que es «muy probable» (folios 306 y 307).En la versión más reciente del argumentario, se añade que:«La línea sigue siendo propiedad de **Telefónica** , por lo que las averías que correspondan a la misma serán responsabilidad de ella». (folio 1118, subrayado del SDC)

ii. «¿Es verdad que con otro operador se evita el retardo que supone pasar por **Telefónica** y es mayor la rapidez de mis llamadas?

NO. La preasignación no supone ninguna modificación en la forma de cursar las llamadas de larga distancia y a móviles, es más si usted cursa la llamada por un operador distinto de **Telefónica** , ésta atravesará dos redes: la de **Telefónica** y la del otro operador.

El problema puede venir a la hora de identificar una posible avería, ya que puede haberse producido en cualquiera de las redes y quizás es más lento el proceso de identificación del error».(folios 284, 299, 305, 307 y 1119, subrayado del SDC)

iii. (...Confíar las telecomunicaciones a **Telefónica** es garantía de calidad, ya que...) « **Telefónica** es el único operador capaz de detectar inmediatamente cualquier avería en sus líneas y equipos y darle solución en el menor tiempo posible.

Sin embargo, en caso de que a un cliente preasignado con otro operador se le produzca una avería, habrá que determinar en qué red se ha producido, con el consecuente retraso en la resolución de la misma».(folios 286, 301 y 1120, subrayado del SDC)

iv. No es cierto que el tiempo de resolución de averías pueda alargarse considerablemente debido a la preasignación, según consta en el acta de la inspección realizada el 9 de julio de 2002 en la sede social de **Telefónica** del Paseo Recoletos, 37-41:

«Añade el Señor Ortueta (Director de Ventas a Corporaciones y Coordinación Territorial, folio 1625) que las averías normalmente se producen en el tramo que va desde la central hasta el bucle de abonado, teniendo éstas lugar casi siempre en la última milla. Cuando la avería está en la red de tránsito, afecta a un número muy elevado de usuarios (unos 10.000 clientes). El tiempo de reparación de la avería no depende de que el cliente esté preasignado o no, sino del tipo de avería. TESAU (**Telefónica** de España, SAU) sabe enseguida si la avería está en su red o en la de otro operador».(folio 1327).

3.2. En cuanto a la preasignación y su relación con los servicios suplementarios, se indica:

i.«¿Qué pasará, al estar preasignado, con todos los servicios suplementarios asociados a mis líneas?, ¿los perderé?

Inicialmente NO. Sin embargo, la Administración reserva a **Telefónica** la decisión de proporcionar o no estos servicios (tipo llamada en espera, múltiples números por línea RDSI, salto de llamada, etc.) ya que son facilidades intrínsecas de la red de **Telefónica** . En principio **Telefónica** mantiene los servicios suplementarios para clientes preasignados, pero existe la posibilidad de que varíe su precio e inclusive hasta sean inhabilitados».(folios 284, 299, 300, 305 y 307)

3.3. Respecto a la denigración general y no basada en elementos objetivos de los demás operadores:

«Confiar las telecomunicaciones a **Telefónica** implica reducir considerablemente su carga administrativa dado que (...) Existe un único interlocutor para todos sus asuntos de telecomunicaciones (otros operadores posiblemente ni siquiera proporcionen atención comercial personalizada)».(folios 287, 301 y 1121)

Se observa cómo **Telefónica** realiza una afirmación que no está basada en elementos objetivos o comprobables, y sin especificar a qué operador u operadores se refiere, generando así más confusión sobre las implicaciones de la preselección, en este caso sobre la atención al cliente por parte de los operadores alternativos.

3.4. En cuanto a la menor seguridad de las telecomunicaciones con motivo de la preasignación, indica, como conclusión del argumentario:

«Si la Preasignación no introduce ninguna ventaja adicional a la situación actual, aumenta la carga administrativa, no disminuye el coste de las telecomunicaciones e inclusive pone en riesgo la seguridad de sus comunicaciones, ¿para qué preasignarse?».(folios 289 y 303)

III) Mailings (cartas tipo).

Según consta en el expediente, **Telefónica** realiza periódicamente envíos masivos de cartas tipo a empresas, la mayoría de ellas preasignadas, dando a entender que probablemente no han sido informadas de las «verdaderas» implicaciones de la preselección, anunciando que se pondrá en contacto en breve con ella para explicárselas, y adjuntando un boletín de inhabilitación.

Las cartas tipo están firmadas por el Director de Área de Marketing de **Telefónica** (D. Jesús) o por «su Asesor de Telecomunicaciones».

En el expediente figuran cuatro modelos de cartas tipo muy similares. Seguidamente se reproduce el contenido de cada una de ellas, así como su número de destinatarios.

También hay un folleto de contenido similar.

4.1. La primera carta tipo incluye el siguiente texto:

«Tener que respetar el plazo legal establecido nos ha impedido comunicarnos con usted para explicarle las implicaciones que dicha opción le puede suponer, si realmente se ha preasignado con otro operador, y que creemos que debe conocer.

Como supongo que ya habrá sido informado, la preasignación implica, entre otras cosas, que sus llamadas dejan de ser cursadas a través de la red de **Telefónica**, por lo que no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que hemos hecho hasta ahora.

En cualquier caso, debo trasladarle el interés de nuestra empresa por ofrecerle la mayor información posible en relación al significado real de la preasignación, para lo cual, si nos lo permite, trataremos de contactar con usted, personal o **telefónicamente**, a la mayor brevedad posible.(...)

Si usted se preasignó con otro operador y ya ha comprobado que **Telefónica** es el proveedor más adecuado para facilitarle sus servicios de telecomunicaciones, sólo tiene que enviarnos debidamente cumplimentado el boletín (de inhabilitación) adjunto.

Asimismo, aprovechamos la ocasión para enviarle un pequeño obsequio». (Folio 1546)

Consistiendo el obsequio en una tarjeta prepago de **Telefónica** por valor de 1.000 ptas. (folio 1548).

Dicha carta forma parte del documento titulado «MODELOS DE CARTAS/FAX PARA LA PREASIGNACIÓN», de 27 de febrero de 2002 (folio 1091), es decir, se trata de una carta modelo relacionada específicamente con la preasignación, por lo que se presume que la misma se ha enviado de manera masiva a clientes preasignados.

iii. La carta tipo se envió también en marzo, mayo y octubre (folios 264, 262 y 265).

b.3 En el año 2002, según un escrito de 4 de octubre de 2002 de **Telefónica**: al menos a (...) empresas, resultando esta cantidad de la suma de los siguientes envíos:

b.4 El mailing del apartado anterior, según declaraciones de **Telefónica**, corresponde a la campaña de «Recuperación Preasignados Vigente desde el: 01/01/2002 hasta el: 31/12/2002» (folio 1123).

Puesto que es prácticamente idéntica a la primera carta tipo, los mismos comentarios que se han realizado respecto a aquélla son aplicables en este caso.

4.3. En cuanto a la tercera carta tipo, en la que se indica: «(...) debemos trasladarle el interés de nuestra compañía en ofrecerle la mayor información posible en relación al significado real de la preasignación, para lo cual en breve nos pondremos en contacto **telefónico** con usted».(folio 394)

Esta carta se ha enviado en 2001 y 2002 a (...) empresas, según el escrito de **Telefónica** de 2 de agosto de 2002:

4.4. En relación con la cuarta carta tipo, encontrada en la inspección realizada en el edificio del Paseo Recoletos de **Telefónica**, que contenía el siguiente texto:«queremos agradecerle su confianza en **Telefónica**, sobre todo en un contexto en el que la continua competitividad entre empresas puede llegar a confundir a empresas y particulares».(folio 1565) a la que se adjuntaba un folleto incluyendo la siguiente afirmación:«NO REALIZAR TODAS SUS LLAMADAS CON **TELEFÓNICA** (...) SIGNIFICA QUE LA RESOLUCIÓN DE AVERÍAS PUEDE QUE TARDE MÁS, ya que **Telefónica** no puede responsabilizarse del servicio de mantenimiento que otras operadoras proporcionan a sus clientes».(folio 1567).

QUINTO.- Para resolver las cuestiones planteadas en este recurso existe un antecedente que no podemos pasar por alto, dadas sus similitudes con el presente caso. Nos referimos al expediente seguido contra **Telefónica** S.A. por la campaña publicitaria "Planes Claros", desarrollada durante 1998, en el que el TDC, en Resolución de 8 de marzo de 2000, impuso una multa de 1.400 millones de pesetas a **Telefónica** S.A. por una conducta de abuso de posición dominante consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria Los Planes Claros con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión, SA, su primer competidor en telefonía básica. Esta misma Sala de la Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de septiembre de 2003 (recurso 483/2000), anuló parcialmente aquella Resolución, reduciendo la multa a 901.518,16 euros, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/3542), estimó el recurso de casación contra nuestra sentencia, que anuló, junto con la Resolución del TDC.

La propia Resolución ahora impugnada del TDC reconoce la similitud entre los supuestos de hecho enjuiciados. En su Fundamento de Derecho Tercero se refiere a la coyuntura histórica en el que se produce la campaña publicitaria de **Telefónica** S.A. objeto de enjuiciamiento, que es la inmediatamente subsiguiente a la de los Planes Claros, afirmando que el caso ahora examinado constituye una repetición "...tanto en sus

iniciales conductas, como en la totalidad de pasos seguidos..." del supuesto enjuiciado en el expediente 456/99 (Los Planes Claros).

Indica el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de junio de 2006 que "...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 sin el carácter objetivamente antijurídico de su actuación...". Debemos, por tanto, tener en cuenta y prestar especial atención a los hechos, en este caso, al contenido de los anuncios de publicidad en TV, los argumentarios y los mailings de **Telefónica**, S.A., para indagar si por si mismos son susceptibles de ser incardinados en las infracciones que se imputan a **Telefónica**, S.A., de abuso de posición dominante mediante una campaña de contenido desleal, porque, como continúa diciendo la STS de 20/06/2006, " 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..."

SEXTO.- La conducta empresarial que sanciona el TDC es la vulneración por **Telefónica** S.A. del artículo 7 LDC "...por subsunción en el anterior artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante..." (F.D. 2º). En concreto, en la parte dispositiva, apartado primero, se dice que la conducta de abuso de posición dominante que se sanciona consistió en vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y a realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores.

Debe hacerse un primer comentario respecto de la descripción de las conductas infractoras que contiene en la parte dispositiva, pues su lectura plantea la duda a la Sala si la vinculación por **Telefónica** S.A. de la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos hace referencia a una conducta autónoma y distinta de las campañas desleales de publicidad llevadas a cabo por **Telefónica** S.A. o, por el contrario, forma parte de la misma, esto es, si lo que sanciona el TDC es la realización por **Telefónica** S.A. de actos efectivos de vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones o, por el contrario, lo que se sanciona es la conducta de **Telefónica** S.A. que, a través de sus campañas de publicidad, pretende hacer creer a los usuarios la vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignación.

La Sala entiende, a la vista de los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que lo que sanciona el TDC es la conducta engañosa de pretender hacer creer la vinculación de determinados servicios a la inexistencia de preasignación, lo que se deduce del relato de hechos probados, así cuando el TDC transcribe el texto de los anuncios denominados "Oficina" y "Parking", los incluye en un apartado que se refiere a anuncios que "...dan a entender..." que para beneficiarse de la oferta del servicio suplementario de identificación de llamadas gratuitas es necesario no estar preasignado, esto es, se trata de anuncios que, en las propias palabras del TDC "...inducen a pensar..." que para beneficiarse de esta oferta el abonado no debe estar preasignado a ningún operador alternativo. La conclusión del TDC, después de la transcripción del texto de los anuncios y tras reconocer, por cierto, que en puridad no existe discriminación entre los usuarios preasignados y el resto, es que el slogan "...ahora gratis por ser cliente de **Telefónica** ...", debido a la circunstancia de que la legislación es desconocida por la mayoría de los abonados, "...da a entender..." que la oferta está dirigida a los clientes exclusivos de **Telefónica**, S.A., "...generando confusión en los usuarios sobre las implicaciones de la preasignación...". Igualmente resulta del apartado de los hechos probados relacionados con los argumentarios, que la conducta que se sanciona no consistió en vincular en la realidad la prestación de unos servicios con la falta de preasignación, sino -en palabras del TDC- "...dar a entender al usuario..." que con motivo de la preselección puede dejar de prestar los servicios suplementarios o variar su precio.

En suma, la conducta de **Telefónica** S.A. que se sanciona en la Resolución impugnada bajo la expresión de "...vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos...", consistió en difundir a través de anuncios en TV y argumentarios la creencia de que determinados servicios estaban vinculados a la falta de preasignación, de forma que es una manifestación más de una conducta de competencia desleal, junto con los actos que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores. Por el contrario, la idea de que se sanciona una conducta distinta, como sería la realización por **Telefónica** S.A. de actos efectivos y concretos de vinculación de servicios a la inexistencia de preasignación debe rechazarse, porque carece de cualquier conexión con la narración de hechos probados de la propia Resolución impugnada. O en otro caso, la sanción de actos efectivos de vinculación debería anularse por no resultar en absoluto probada la conducta a que se refiere.

SÉPTIMO.- Decíamos que la conducta empresarial que sanciona el TDC es la vulneración por **Telefónica** S.A. del *artículo 7 LDC* "...por subsunción en el anterior *artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante...*" (F.D. 2º). Sobre este punto de la conexión entre la conducta de abuso de posición dominante y los actos de competencia desleal, la sentencia del Tribunal Supremo que hemos citado, de 20 de junio de 2006, acepta en abstracto que el uso de publicidad por parte de una empresa en posición de dominio pueda constituir una conducta abusiva del *artículo 6 LDC*, bien por constituir una barrera de entrada a nuevos operadores, bien por el contenido desleal de la campaña publicitaria.

En este caso no se imputa a **Telefónica** S.A. que haya creado, mediante su campaña publicitaria, una barrera de entrada a nuevos competidores, por razón de los elevados gastos invertidos en la misma que sus competidores no podrían contrarrestar, ni se cuantifican dichos gastos, ni se examina la capacidad de respuesta comercial de los competidores, sino que la infracción del *artículo 6 LDC* sancionada consistió en dificultar la preasignación de los operadores alternativos mediante una campaña publicitaria de contenido desleal.

La conducta abusiva que el TDC imputa a **Telefónica** S.A. resulta de la suma de dos factores, su posición de dominio en el mercado de la telefonía fija y el contenido desleal de su campaña. No se discute por nadie, ni siquiera por la recurrente, que **Telefónica** S.A. tenía en el período de tiempo en el que se desarrolló la conducta a que se refiere este expediente -los años 1999 a 2002- una posición de dominio en el mercado de la telefonía fija. Ahora bien, teniendo presente esa posición dominante, no cabe subsumir los actos desleales del *artículo 7 LDC* en la conducta abusiva de posición dominante del *artículo 6 LDC*, de forma que cualquier acto de competencia desleal llevado a cabo por una empresa en posición de dominio conlleve un abuso de posición de dominio. Así lo indica claramente la STS de 20 de junio de 2006 en su Fundamento Jurídico Décimo:

"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 (RCL 1999\3217), 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 (RJ 2002\2615) 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 (RCL 1991\171), 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 aquella 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."

OCTAVO.- Siguiendo, por tanto, la doctrina jurisprudencial del TS que acabamos de citar, debemos comprobar si concurre en este caso el requisito de que la conducta que la recurrente llevó a cabo mediante la campaña de publicidad de anuncios en TV, argumentarios y mailings, haya distorsionado o falseado gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público.

Por otro lado, la exigencia de un efecto o resultado de grave daño sobre las condiciones de la competencia para la aplicación del *artículo 7 LDC* no es ninguna novedad jurisprudencial, sino que viene siendo exigida de forma reiterada por el propio TDC, así en Resoluciones de 12 de junio de 2002 (AC 2002\1446), 12 de noviembre de 2002 (AC 2003\155), 4 de julio de 2003 (AC 2003\1108), 21 de noviembre de 2003 (AC 2003\704), 5 de diciembre de 2005 (AC 2006\84), 10 de marzo de 2006 (AC 2006\384) y 7 de junio de 2006 (2006\979).

La Resolución impugnada dedica gran parte de sus hechos probados (páginas 10 a 28 en la copia acompañada al escrito de interposición de recurso) a la descripción de las acciones de la campaña de publicidad de **Telefónica**, S.A., mediante la transcripción del texto de los diálogos en los anuncios de TV, argumentarios y mailings, pero en cambio muy poco dice acerca de los efectos de tales acciones sobre la competencia en el mercado de la telefonía fija. No se trata de tal cuestión al examinar los requisitos para la aplicación del *artículo 7 LDC en el Fundamento Jurídico Segundo*, sino en el *Fundamento Jurídico Tercero*, al examinar la concurrencia de las *circunstancias descritas en el artículo 10 LDC* para individualizar la cuantía de la sanción, al indicar el TDC que tras un primer periodo anual en el que **Telefónica** S.A. bajó el porcentaje de clientes usuarios, tras las prácticas restrictivas de la competencia "...ha recuperado una parte muy significativa del mismo, llegando casi a los iniciales niveles...".

Tal referencia a los daños causados por la campaña publicitaria desleal, sin embargo, no tiene apoyo probatoria ni en la propia Resolución impugnada ni en el expediente administrativo. No conocemos, porque no se indica por el TDC, en que períodos se aprecia esa pérdida de clientes y su posterior recuperación por **Telefónica** S.A., como consecuencia de los actos de competencia desleal, pues lo cierto es que nada se precisa al respecto en la declaración de hechos probados de la Resolución impugnada y el examen del expediente tampoco permite sostener que la distorsión grave sobre las condiciones de la competencia causada por las prácticas anticompetitivas haya consistido en una recuperación -muy significativa o no- de la clientela perdida.

Es más, de lo actuado en el expediente administrativo lo que resulta es que esa recuperación por **Telefónica** de parte significativa de los clientes, que cabría considerar como un efecto o consecuencia de la práctica de actos desleales, en realidad no se ha producido, al menos en el período durante el que se aprecia por el TDC la conducta infractora de los *artículos 6 y 7 LDC, entre los años 1999 y 2002*. En efecto, obra en el expediente de las actuaciones ante el TDC (folios 363 a 366) que las líneas preasignadas evolucionaron de 412 (enero de 2000) a 835.058 (enero de 2001), a 1.448.699 (en enero de 2002) y a 1.823.433 (diciembre de 2002), por lo que, en rigor, no se aprecia una recuperación de clientela en el período examinado.

Las pruebas practicadas en este recurso contencioso administrativo llevan a la misma conclusión de que en el período durante el que se extendieron las prácticas desleales, entre 1999 y 2002, no puede apreciarse un efecto o consecuencia de recuperación de clientes significativa que pueda relacionarse a tales prácticas, porque sencillamente esa recuperación no ha llegado a producirse en el indicado período, de acuerdo con los datos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Así, la Resolución impugnada inicia su relato de hechos probados con la cita del Informe Anual de la CMT, correspondiente al año 2000, que expresa que en el mercado de telefonía fija en España, **Telefónica** S.A. tenía una cuota del 91,57 por ingresos totales. La parte recurrente ha aportado los datos de la misma fuente correspondientes a

sus informes anuales de 2001 y 2002 (documentos 14 y 15 acompañados con la demanda), de los que resulta que la cuota de mercado por facturación de **Telefónica** S.A. en telefonía fija pasó del 91,5% en 2000 a 87,53% en 2001 y a 83% en 2002, lo que contradice la existencia de recuperación en el período que estamos examinando. Es más, en el Informe anual de 2002 indica la CMT que en ese año el mercado de la telefonía fija estaba estancado (crecimiento vegetativo), pero que no obstante, a pesar de dicho estancamiento, los operadores alternativos "...han mejorado sensiblemente su cuota de mercado por ingresos...".

También resulta de interés a los efectos de apreciar los daños sobre la competencia en el mercado de líneas **telefónicas** fijas, que la cuota de penetración de preselección es similar en España y en países de nuestro entorno, con fechas de inicio efectivo de preselección similares (entre enero de 1998 y junio de 2000), según datos de la *CMT acompañados con la demanda (documento 14)*, así las cuotas de penetración de preselección, a fechas entre junio de 2003 y enero de 2004, eran en Alemania del 12,40%, España del 12,80%, Francia del 12,40%, Irlanda del 12% y Italia del 14%.

NOVENO.- Todos los datos anteriores abundan en la idea antes apuntada de la inexistencia de prueba de una distorsión o daño grave de las condiciones de competencia en el mercado, producida por efecto de los actos desleales, consistente en la recuperación de cuota de mercado de la telefonía fija por **Telefónica**, S.A., y pérdida correlativa de cuota de mercado de sus competidores, como indica la Resolución impugnada. Y tampoco en el expediente administrativo existe base suficiente para considerar probado que la campaña publicitaria de **Telefónica** S.A. enjuiciada haya ocasionado otra distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado, en los términos exigidos por el *artículo 7 LDC*.

La codemandada dice sobre este punto en su contestación a la demanda -apartado 9.2, letra c)-, que el hecho de que la preasignación haya seguido un ritmo creciente y que la cuota de **Telefónica** S.A. se haya ido reduciendo, no puede desvirtuar el hecho de que la conducta de **Telefónica** S.A. haya afectado al mecanismo de preasignación, impidiendo la acción de sus competidores, ya que al igual que consideró el TDC en su resolución de McLane/Tabacalera, "...nunca se sabrá cuáles serían hoy las cuotas de mercado de otros competidores si **Telefónica** no hubiera obstruido pertinazmente su entrada..." Pero el término de comparación no se considera correcto, porque la conducta de la empresa dominante en el caso citado (Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, AC 2003\438) fue de la abuso de su posición mediante una conducta de negativa de suministro a un competidor, que aparece explícitamente prohibida, como ejemplo de conducta abusiva, en el apartado c) del propio *artículo 6 LDC*, que se refiere a la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos practicada desde una posición de dominio, conducta por tanto muy diferente del abuso de posición dominante mediante una campaña de publicidad considerada desleal que ahora examinamos, que resulta sancionada por aplicación del *artículo 6 LDC* en conexión con el *artículo 7 LDC*, y este último precepto, como ya hemos reiterado, no sanciona cualquier acto desleal, sino únicamente aquellos especialmente cualificados por el resultado, al exigir que hayan producido un grave deterioro en las condiciones de competencia del mercado.

En definitiva, la concurrencia de los requisitos exigidos por el *artículo 7 LDC* no puede presumirse, sino que deben acreditarse de las conclusiones obtenidas tras el estudio y análisis de la conducta denunciada y del mercado o mercados en los que ésta haya podido producir sus efectos (Resolución del TDC de 14 de octubre de 2005, AC 2005\1697), de forma que en el presente caso, debemos estimar que los anuncios en TV, argumentarios y mailings examinados no son susceptibles de ser sancionados a título de la LDC, pues como subraya la citada STS de 20 de junio de 2006, "...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 al faltar la acreditación de tal requisito, resulta ya innecesario examinar si los anuncios de la campaña publicitaria, argumentarios y mailings inciden o no en competencia desleal.

DÉCIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **Telefónica** de España, S.A.U., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 1 de abril de 2004, que anulamos por ser contraria a derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-