



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de febrero de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN CON RESPECTO AL ACUERDO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y FADESA INMOBILIARIA, S.A. (Expediente OM 2001/4976)

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- INICIO DE TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) tuvo conocimiento, a través de una noticia aparecida el día 7 de marzo de 2001 en el diario Expansión, de un acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., (en adelante, TESAU) y el grupo inmobiliario FADESA, por el que TESAU se convierte en socio tecnológico del grupo inmobiliario.

Según la información publicada “los compromisos adquiridos por TESAU son, entre otros, el diseño de productos específicos para las nuevas viviendas, el asesoramiento en el diseño de infraestructuras comunes de telecomunicaciones de telefonía básica y datos”. También se señala que “el acuerdo permitirá la dotación de los servicios de telecomunicaciones, entre los que destacan la preinstalación de la red interior, la conexión a Vía Digital y acceso a Internet a través de Telefónica”. Por último se indica que FADESA se compromete a incluir “las ofertas de Telefónica en la venta de todas sus viviendas de nueva construcción”.

A la vista de dicho acuerdo y dada la condición dominante de TESAU en el mercado de los servicios de telefonía fija, esta Comisión comunicó a TESAU la apertura de un periodo de información previa para evaluar la necesidad de inicio de procedimiento administrativo al respecto, con la referencia OM 2001/4270.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- PRIMER REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A TELEFÓNICA.

Mediante escrito registrado de salida de esta Comisión el día 16 de marzo de 2001, se requirió a TESAU la remisión de la siguiente información:

- copia del acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y el grupo inmobiliario FADESA al que se refiere la parte expositiva primera del presente escrito.

Tercero.- CONTESTACIÓN DE TELEFÓNICA AL REQUERIMIENTO. El 22 de marzo de 2001 se recibía en esta Comisión la contestación de TESAU al requerimiento de información, aportando el acuerdo suscrito con FADESA y señalando que «el acuerdo que se acompaña al presente escrito aún no ha sido ejecutado dado que su contenido exigiría un desarrollo posterior tras la constitución de la Comisión Paritaria establecida en la estipulación undécima, formada por un representante de FADESA y uno de Telefónica de España, quien, en función de los servicios de telecomunicaciones que FADESA determine que quiere incorporar a sus nuevas edificaciones, canalizará la correspondiente petición a cada una de las empresas del Grupo Telefónica que provean los referidos servicios».

Cuarto.- REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN A FADESA. Mediante escrito de 6 de junio de 2001, se requirió a FADESA que remitiera la siguiente información:

1. Número de viviendas que previsiblemente serán objeto del cumplimiento del mencionado contrato en el plazo de un año.
2. ¿Se ha comenzado ya la aplicación del citado contrato? En caso afirmativo, indique el número de viviendas en las que TESAU ha instalado su infraestructura, así como los servicios finalmente contratados por los adquirentes de las mismas.
3. Aporte copia de las cláusulas establecidas o que se prevén establecer, en los contratos a firmar por los adquirentes de viviendas de FADESA, en relación con las infraestructuras y/o servicios de telecomunicaciones en el marco del contrato suscrito entre FADESA y TESAU.
4. Aporte cualquier otra alegación comentario o documento que considere útil a los efectos de conocer los términos en los que será interpretado y aplicado el acuerdo entre FADESA y TESAU tantas veces mencionado.

Quinto.- CONTESTACIÓN DE FADESA AL REQUERIMIENTO. El día 26 de junio de 2001 se recibió en esta Comisión escrito de FADESA contestando al anteriormente mencionado requerimiento de información, señalando que es intención de FADESA «respetar al máximo la normativa vigente que sea aplicable al efecto (ya sea de telecomunicaciones o cualquier otra de ámbito general o sectorial)».

Igualmente, aporta copia del escrito que se da a los clientes que adquieren sus viviendas para que rellenando sus datos personales, de dirección y bancarios, señalen los productos de TELEFÓNICA que solicitan, y entre los que expresamente se recogen: a) de solución analógica, b) de solución digital, c) de solución ADSL, y en otros, d) Vía Digital.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- APERTURA DEL PROCEDIMIENTO. A la vista del acuerdo aportado por las partes, y con el objeto de esclarecer sus consecuencias, mediante escritos remitidos a TESAU y FADESA el 3 de julio de 2001, esta Comisión comunicó a los interesados la apertura del correspondiente procedimiento administrativo, con la referencia OM 2001/4976.

Séptimo.- TRÁMITE DE AUDIENCIA. Posteriormente, se remitieron a las partes los escritos por los que se les comunicaba el inicio del trámite de audiencia. En dichos escritos, se incluían asimismo una serie de consideraciones, con el objeto de que las partes pudieran alegar al respecto que básicamente consistían en:

- Se destacaban las cláusulas que, en principio, ofrecían dudas en cuanto a su interpretación real o sus efectos, y con respecto a las cuales se señalaba que «deben ser examinadas con el objeto de determinar su compatibilidad con la libre competencia cuya salvaguarda corresponde a esta Comisión, así como con el régimen de las telecomunicaciones vigente».
- En cuanto al mercado, los términos del acuerdo no permitían una delimitación concreta de cuáles serían los mercados de producto afectados. En consecuencia, se exponía que «los mercados de referencia a considerar son, en lo relativo a mercados de producto, dados los términos del acuerdo entre TELEFÓNICA y FADESA, los correspondientes al servicio telefónico, de transmisión de datos, de Internet y de televisión vía satélite, así como el correspondiente a las infraestructuras requeridas para su prestación. Así, se desprende, en efecto, del propio acuerdo, cuyo *EXPONEN*-. Segundo establece que «**FADESA**, empresa inmobiliaria de ámbito nacional (...) considera de sumo interés facilitar a todas aquellas personas que las adquieran (...) desde el primer momento de su ocupación, el acceso de las mismas a todos los servicios de telecomunicación, en especial al servicio telefónico, al de transmisión de datos, a Internet y a la televisión vía satélite». De igual modo, en *ESTIPULACIONES-PRIMERA*.- OBJETO se señala que «El presente CONTRATO tiene por objeto: Por parte de **TELEFÓNICA**, dotar a las nuevas viviendas construidas por FADESA de los servicios de telefonía, datos, Internet y televisión por satélite, que soliciten sus clientes, desde el primer momento de ocupación de las mismas por los adquirentes» (...)En todo caso, las partes pueden, en su contestación a este trámite de información previa, precisar de modo más detallado cuáles son los servicios que el acuerdo realmente abarca, así como qué mercados entienden que deben en consecuencia considerarse como potencialmente afectados». Por otro lado, dados los mercados de producto, se establecía que «el mercado geográficamente considerado será el nacional».
- Por otro lado, se señalaba que «en algunos de los mercados referidos y englobados en el acuerdo, TELEFÓNICA goza de una evidente posición de dominio», exponiendo los datos pertinentes al respecto e indicando que «en consecuencia, en estas consideraciones se presentan los términos del acuerdo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de TELEFÓNICA con FADESA que pudieran constituir un abuso de la anteriormente expuesta posición de dominio de la primera en los mercados en que la ostenta o bien, por extensión de la misma a mercados en los que, como es el caso del servicio de televisión digital por satélite, no parece predicable actualmente posición de dominio de TELEFÓNICA o alguna de sus filiales».

- Así, se continuaba exponiendo que «entrando en un análisis del clausulado concreto del acuerdo, se puede considerar que: (...) la cláusula *SEXTA.- VIGENCIA*, que establece que: «El presente contrato entrará en vigor a partir del día siguiente al de su firma y finalizará el 31 de diciembre de 2002, prorrogándose automáticamente por bienios, salvo que FADESA establezca algún convenio o contrato de colaboración incompatible con este Convenio con otro operador del sector de las telecomunicaciones, en cuyo caso quedará automática extinguido». No queda en absoluto claro qué se entiende por *convenio o contrato de colaboración incompatible con este Convenio*, pero el mismo hecho de no fijarse referencia podría impedir a FADESA la suscripción de contratos similares con otros operadores de telecomunicaciones en caso de que quiera mantener su relación con TELEFÓNICA, máxime cuando la sanción prevista para el caso de *incompatibilidad* es que el acuerdo con TELEFÓNICA «quedará automática extinguido». Además, la aludida cláusula Sexta establece, *a sensu contrario*, la incompatibilidad del acuerdo con cualquier otro suscrito con operadores de telecomunicaciones, salvo aquellos referidos tan sólo a operadores de cable y cuya finalidad se ciña exclusivamente al tendido de red *hasta* las edificaciones: «Las partes reconocen la compatibilidad de este Convenio y cualquier otro contrato suscrito por FADESA INMOBILIARIA S.A. con cualquier otro operador de telecomunicaciones, que haya tenido por objeto el tendido de la red de telecomunicaciones por cable hasta las edificaciones». Los operadores con posición de dominio no deben imponer exclusividad en sus relaciones con otros agentes (...) En efecto, parece muy conveniente que FADESA incorpore en su oferta inmobiliaria la posibilidad a sus clientes de recibir unos servicios de telecomunicación avanzados y variados, pero en este sentido se presentaría como más positivo aún si FADESA puede elegir entre los distintos suministradores de estos servicios, sin verse constreñido a uno en exclusiva».
- Igualmente, se consideraba que podía existir «un abuso de posición de dominio de TELEFÓNICA al conceder primas de fidelidad y/o descuentos fidelizadores, incentivando al cliente a satisfacer sus necesidades de forma exclusiva en la empresa dominante al resultarle económicamente más favorable ser abastecido en exclusiva o principalmente por este operador. (...) la cláusula *TERCERA.-* podría por su potencial carácter fidelizador constituir una práctica abusiva por parte de TELEFÓNICA: «Por su parte, **TELEFÓNICA** como «SOCIO TECNOLÓGICO» se obliga en lo siguiente:(...) Poner en servicio un teléfono especial con coste gratuito de las llamadas (línea 900), para uso exclusivo de FADESA y sus clientes(...) Asignar y destinar a acciones de promoción y co-marketing el [] % de los ingresos generados por tráfico de voz (...) Aplicar a todos los clientes de FADESA en el momento de adquisición de las viviendas promovidas por la misma, un [] % de descuento en todos los equipos asociados al alta o traslado de líneas para el servicio de Telefonía».



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En este sentido, se señalaba que «además, con respecto al presupuesto de promoción y co-marketing: 1) No se establece de qué modo lo empleará FADESA, con lo que es imaginable que, por ejemplo, repercutiera una parte en el cliente final, beneficiándose así éstos de un descuento en el servicio de telefonía que no sería en principio acorde con el actual sistema de regulación de precios de TELEFÓNICA. 2) Se establece que «para el cálculo de dicha cantidad no se considerará el período en que el abonado dado de alta a través de FADESA no hubiese mantenido la preasignación con TELEFÓNICA», lo cual es una forma de restringir en cierta medida la libertad de los usuarios de acogerse libremente a los mecanismos de selección de operador, entre los que de forma principal se incluye el de la preasignación, cuya justificación objetiva debieran aportar las partes».
- Por otro lado, se mostraba cómo el acuerdo no era claro en cuanto a si podría existir la imposición al usuario de aceptar la infraestructura y servicios de TELEFÓNICA de forma obligatoria al comprar su vivienda, considerando que «En cuanto a la cláusula **TERCERA.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES: FADESA** se obliga a los siguiente:(...) Incluir la oferta de TELEFÓNICA en la comercialización, promoción y venta de todas las viviendas de nueva construcción.(...) Liquidar a **TELEFÓNICA** los costes de productos y servicios que asuma por cuenta de sus clientes, incorporados al valor de los inmuebles que promueve y que incluirá como instalaciones integradas a los mismos. No es clara la interpretación de la cláusula citada, pero podría entenderse como que los productos y servicios de TELEFÓNICA irían vinculados a la adquisición de la vivienda, dado que se incluiría en su coste, sin, por tanto, una verdadera libertad de elección del usuario en cuanto a si desea o no recibir tales servicios así como, tal y como se señalaba anteriormente, si desea que sean provistos por TELEFÓNICA o por algún otro operador. De estar forma, se estaría ante un empaquetamiento que habría de ser analizado desde la perspectiva de la competencia».
- También se exponía que «debería indicarse claramente qué filiales de TELEFÓNICA, y en qué medida, se van a beneficiar de las labores de comercialización de FADESA, así como también de qué modo y en qué medida cada una de esas filiales aportará las contraprestaciones correspondientes. Esto es, si, como parece desprenderse del acuerdo, TELEFÓNICA fuera a preinstalar Vía Digital en las viviendas que lo soliciten, habrá de clarificarse de qué manera el coste correspondiente será asumido por la filial del Grupo encargada de la prestación del mencionado servicio. No debe olvidarse que existen determinadas obligaciones de separación de cuentas aplicables a TELEFÓNICA, así como que la existencia de posibles subvenciones cruzadas podría tener un impacto en las condiciones de competencia de necesario estudio por parte de esta Comisión (...). Del mismo modo, se debería clarificar en qué medida las condiciones ofrecidas a FADESA o filiales del grupo serían también ofrecidas a otras empresas por la realización de acciones similares, al ser la discriminación es una de las formas en que típicamente puede manifestarse el abuso en la posición de dominio de una determinada empresa».



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, se realizaba un mención al cumplimiento de la normativa en materia de infraestructuras comunes en edificios, exponiendo que «en lo referente al respecto a la normativa sectorial de telecomunicaciones, puede especialmente destacarse: Que debe mostrarse y detallarse la compatibilidad del acuerdo entre TELEFÓNICA y FADESA con la normativa establecida en materia de Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones (...) [pues] «Las infraestructuras de acceso a los servicios de telecomunicaciones en los edificios tendrá la consideración de infraestructura común propia y deberá permitir el acceso de cualquier operador para la prestación de sus servicios de telecomunicaciones a los distintos propietarios o arrendatarios que se lo soliciten»». Igualmente, se mostraba que «se entiende que en todo caso se respetará el sistema actualmente vigente de regulación de precios, y que el descuento, por ejemplo, en equipos se refiere a los terminales y en ningún modo al tráfico cursado a través de los mismos o al alta de líneas y otros conceptos que puedan estar sometidos al mencionado sistema de precios regulados».
- Se concluía señalando que «En suma, esta Comisión entiende que debe acogerse de modo positivo el establecimiento de nuevas prácticas de comercialización, especialmente en la medida en que contribuyan a facilitar a los usuarios el acceso a más y mejores servicios de telecomunicaciones de un modo más asequible. Lo anterior, sin embargo, no sería igualmente positivo en un entorno en el que los proveedores de ciertos servicios vinculen, de modo obligatorio o a través de prácticas fidelizadoras, sus servicios a otros productos y/o servicios en perjuicio de la capacidad de elección de los usuarios. Es decir, la finalidad de acceso de los usuarios a más y mejores servicios de telecomunicaciones parece que se lograría de un modo más adecuado sin limitar su capacidad de elección a través de posibles prácticas de exclusividad, fidelización y/o vinculación con respecto a los servicios de un determinado proveedor, máxime cuando éste disfrute de posición de dominio».

Sexto.- RESPUESTA DE TELEFÓNICA AL TRÁMITE DE AUDIENCIA. El día 15 de noviembre de 2001 se recibió en esta Comisión la respuesta de TELEFÓNICA en el trámite de audiencia. Sus alegaciones se comentan en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

De acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (Ley 12/1997, en adelante), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos”*.

En este sentido, entre las funciones que la Ley 12/1997 otorga a esta Comisión está, en el artículo 1.Dos.2.c), la de *“velar por la libre competencia en el*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias (...) para lo que dictará las resoluciones oportunas”.

El artículo 1.Dos.2.f) de la mencionada Ley 12/1997 dispone que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”.*

Por otro lado, en el artículo 1.Dos.2, letra h) se indica que *“la CMT vigilará la debida aplicación de las tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”.*

Asimismo, la CMT adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC. Este texto legal regula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y en el artículo 2 del citado Reglamento de la Comisión de las Telecomunicaciones, el ejercicio de las funciones públicas que la CMT tiene encomendadas.

En este punto, alega TESAU que la CMT se arrogaría una competencia que no disfruta, cual es la de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia.

Pues bien, la Comisión no hace sino ejercer la competencia que por Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones le viene atribuida. Se trata pues de un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos. Respecto de esta cuestión, la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección octava) en su sentencia de 13 de febrero de 2001 ha reconocido expresamente que la atribución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de competencias concurrentes con los otros órganos de defensa de la competencia, no infringe ningún principio de legalidad ni de seguridad jurídica y está justificada tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que la Comisión ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones.¹

¹ En su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que el hecho de que pudiera existir una doble barrera o control administrativo por parte de órganos con competencias concurrentes, aunque debidamente coordinados, sobre todo en el ámbito sancionador, como prevé el art. 28.1 del RD 1994/1996 de 6 de septiembre no perjudica ni el interés ni el gasto público (art.31.2 y 103.1 de la CE), ni justificaría el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por infringir el principio de seguridad jurídica. Este principio constitucional no queda vulnerado en la medida que los justiciables tienen perfecto conocimiento de la normativa que han de respetar, y que viene marcada tanto por la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones como por la normativa general de defensa de la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, concretamente, la Comisión actúa en uso de la habilitación competencial recogida en el artículo 1. Dos. 1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, donde se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el objeto de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Para el cumplimiento de este objeto, de acuerdo con el artículo 1.Dos.2 de la misma Ley 12/1997, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas.

f) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios:

A los efectos de este apartado f) la Comisión ejercerá las siguientes funciones (en la redacción dada por la Ley 52/1999 antes citada)²:

En este sentido, dice el Tribunal que un precepto que otorga una potestad administrativa a un órgano administrativo en el marco de una Ley, respetando en consecuencia el principio de legalidad de su actuación marcado por el art. 9.3 de la CE nunca puede afectar el derecho de los usuarios y operadores del sector de ajustar sus comportamientos a la normativa de aplicación al caso, hallándose justificada su existencia tanto por la especialidad y complejidad de la materia como por el contexto histórico en el que ha de desarrollar sus competencias, que no es otro que el de la liberalización de las telecomunicaciones, y ello en la medida en que no existe dato en autos que permita deducir que por el hecho de existir dos órganos que desarrollan sus funciones de control de la libre competencia en la materia pueda existir una diferencia de trato o dar origen a situaciones jurídicas diferenciadas para los usuarios u operadores del sector cuando el propio Reglamento de la CMT trata de evitar en los preceptos indicados cualquier disfunción que pueda llegar a existir.

² La redacción anterior del apartado f) era la siguiente: *"Adoptar las medidas necesarias para 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 telecomunicaciones 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. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».*

Igualmente, la Comisión ejercerá las competencias de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los contratos concesionales que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

2.º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos.

3.º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo."

- i) Fijar los precios máximos de interconexión que deban regir en las relaciones comerciales entre los operadores.

En consecuencia la Ley 12/1997 dota de plenas competencias a la Comisión en materia de salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en los mercados analizados en el expediente objeto de recurso.

Por su parte, el Real Decreto 1.994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, determina el procedimiento que la CMT debe seguir en el ejercicio de las competencias a ella atribuidas por la Ley 12/1997 y por la Ley General de Telecomunicaciones, debiendo regirse en lo no regulado expresamente por la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo. Estas funciones y procedimiento aplicable fueron confirmados por la entrada en vigor de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones que en su artículo 69 determina que las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997, de 24 de abril.

Es decir, la competencia de la Comisión en salvaguarda de la libre competencia no se ciñe, como pretende Telefónica, a informar al Servicio de Defensa de la Competencia para que instruya procedimiento conforme a la Ley 16/1989. Ni siquiera después de la modificación de la Ley 52/1999 esta interpretación sería correcta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 52/1999 que modifica la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia no viene sino a recoger en este punto la disposición sobre coordinación de competencias entre ambas administraciones que contenía desde 1998 la Ley General de Telecomunicaciones en la Disposición adicional séptima bajo el título de "*Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal del Defensa de la Competencia.*" En ella se establece que:

"El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio de defensa de la competencia atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones."

Ya en este contexto regulatorio, la misma Audiencia Nacional mediante sentencia de 17 de octubre de 2000 tuvo la ocasión de pronunciarse ante idéntica alegación de Telefónica de incompetencia de la Comisión en el caso *Cabitel* y lo hizo en los siguientes términos:

"Por su parte el artículo 69 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones determina que las funciones de la Comisión se regirán por lo dispuesto en la Ley 12/1997 de 24 de abril, antes transcrita en los aspectos ahora objeto de análisis, y que resulta obvio señalar se cohonestan con el objeto de la creación de la Comisión por el Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones: la salvaguardia, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En consecuencia, forzoso es deducir que la Comisión ha actuado en el ejercicio de las funciones que legalmente le son atribuidas, en concreto la adopción de una medida tendente a asegurar la competencia en el mercado, saliendo al paso de una práctica que pudiera integrar un obstáculo a la libre competencia, coherente con la normativa comunitaria tendente a velar por ella en los procesos de liberalización de las comunicaciones, en los que la existencia de operadores dominantes con vocación oligopólica respalda la existencia de organismos de control o vigilancia, y una política encaminada a la preservación del interés general ("ad exemplum, Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio y Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así las cosas, la modificación del artículo 1.Dos.2 f) de la Ley 12/1997, no viene sino a recoger expresamente en la Ley 12/1997 los mecanismos de coordinación entre la CMT y el TDC y SCD ya vigentes desde la aprobación en 1998 de la Ley General de Telecomunicaciones y, por otro lado, a acotar el ámbito en el cual la Comisión puede dictar circulares de general aplicación en el sector (lo cual no es el supuesto de la Resolución recurrida de 8 de noviembre), puesto que el apartado c) del mismo artículo 1.Dos.2 ya le otorga independientemente del f) la facultad de dictar resoluciones vinculantes para sus destinatarios velando por la libre competencia.

Abundando en la plena competencia para dictar resoluciones en salvaguarda de la libre competencia atribuida a la CMT en el apartado c) del artículo 1.Dos.2 (el cual no ha sido objeto de ninguna modificación legislativa), la sentencia de la sala contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de febrero de 2001 ha confirmado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sus más amplios términos y así dice expresamente:

"Lo cierto, es que la literalidad del art. 1 del apartado Dos.2 c. no ofrece ninguna duda cuando contempla como función de la Comisión "Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas", y ello es consecuencia necesaria de los reflejado en la Exposición de motivos cuando afirma que la exigencia inaplazable de salvaguardar el cumplimiento efectivo por todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, hace imprescindible la creación de una Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como órgano independiente encargado de velar por la aplicación de tales principios y de arbitrar los conflictos entre los operadores del sector. En este sentido podemos afirmar la existencia de una voluntad clara y manifiesta del legislador de crear un órgano específico encargado de velar por el desarrollo de la libre competencia en un sector que se liberaliza."

La Ley 52/1999 por un lado incorpora expresamente en la Ley 12/1997 la previsión ya existente en la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 sobre coordinación de actuaciones con los órganos de defensa de la competencia, y por otro, limita el ámbito de actuación de la Comisión para dictar Circulares a determinadas materias (cuando antes sólo se enuncian a título de ejemplo), teniendo en cuenta, no obstante que la motivación última se mantiene por el objeto preciso de creación de la Comisión según se establece en el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997 antes citado.

Como consecuencia de todo lo anterior es preciso rechazar las alegaciones de TESAU con respecto al ámbito competencial de esta Comisión, ya que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es plenamente competente en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1 y 2 , para adoptar cualesquiera medidas tendentes a asegurar la competencia en el mercado.

III. CON RELACIÓN A LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

TESAU ha alegado la caducidad del presente procedimiento por haber transcurrido el plazo de tres meses desde el acuerdo de inicio de oficio, **alegación que debe ser estimada.**

De acuerdo con el artículo 44 de la LJPAC, «en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguiente efectos: (...) 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92».

Por su parte, en el artículo 92 de la mencionada LJPAC se establece que «la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción».

De este modo, la caducidad alegada por TESAU y declarada en la presente Resolución no impide el inicio futuro de nuevas actuaciones por parte de esta Comisión con respecto al acuerdo analizado en el presente procedimiento.

Igualmente, el artículo 92 de la LJPAC, antes citado, expone que «podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento». En similares términos, el artículo 89 de la LJPAC determina que «la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo».

IV. OBSERVACIONES CON RESPECTO AL ACUERDO ENTRE TESAU Y FADESA.

Declarada la caducidad del presente expediente se trata en las consideraciones que siguen, de señalar cuáles de las posibles interpretaciones del acuerdo podrían generar problemas desde el punto de vista competitivo o de la regulación sectorial, dando de esta manera a las partes las referencias



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que permitan conformar su actuación a la normativa y así evitar, o cuando menos anticipar, posibles problemas.

A estos efectos destacan en el acuerdo las siguientes cláusulas: []

Primero.- MERCADOS RELEVANTES. En cuanto a la definición de los mercados relevantes, TESAU alude en su escrito, en primer lugar, a que «la mera mención de determinados sectores en el Acuerdo, en términos generales, no convertiría a dichos sectores en mercados de referencia para el análisis de los eventuales efectos anticompetitivos del citado Acuerdo desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Así, una mención, por ejemplo, a Internet en el Acuerdo no significa que éste sea un mercado de referencia, ni tan siquiera que constituya un mercado».

Las anteriores afirmaciones de TESAU son correctas, tal y como, de hecho, se señalaba en el trámite de audiencia que le fue remitido, en el que se exponía que los términos del acuerdo no permitían una delimitación concreta de cuáles serían los mercados de producto afectados.

En efecto, ante los términos genéricos e imprecisos del Acuerdo, se intentó esclarecer a lo largo del trámite de información previa anterior a la iniciación del presente expediente cuáles eran los servicios a los que en la práctica se estaba aplicando o, de acuerdo con las partes, se aplicaría, el mencionado contrato. No fue posible tal esclarecimiento ante las alegaciones de las partes de que no existía aún en la práctica aplicación alguna del Acuerdo, así como que ni siquiera para las partes era clara la interpretación que se daría al mismo.

Así, TESAU afirmaba en el trámite de información previa (OM 2001/4270) que el acuerdo con FADESA no se había comenzado a aplicar en la práctica, por lo que no resultaba posible conocer a qué servicios realmente se circunscribiría el mismo: «el acuerdo (...) aún no ha sido ejecutado, dado que su contenido exigirá un desarrollo posterior tras la constitución de la Comisión Paritaria establecida en la estipulación undécima».

Del mismo modo, FADESA, en su contestación de 20 de junio de 2001, a requerimiento de información que le fue remitido el 11 de junio de 2001, indicaba que «el contrato se encuentra en fase de definición y entendimiento, no habiéndose iniciado su ejecución».

Por tanto, ni TESAU ni FADESA aportaban dato alguno que permitiera clarificar los servicios afectados, ni, de acuerdo con las referidas partes en el Acuerdo, existía aplicación alguna del mismo que permitiera inferirlos de la práctica en su ejecución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se impedía así realizar una definición en absoluto precisa de los mercados de referencia afectados, pues, en los términos de la propia Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) (en lo que sigue, Comunicación sobre mercados de referencia), «el proceso de definición del mercado de referencia puede resumirse de la forma siguiente: basándose en la información inicialmente disponible o en la información comunicada por las empresas afectadas (...) determinar a grandes rasgos los posibles mercados de referencia».

La única información disponible era, en este sentido, el Acuerdo mismo, excesivamente impreciso. De acuerdo con las partes, no existía aplicación del mismo, y ni siquiera era clara qué interpretación habría de recibir por las partes, pues se estaba pendiente de crear una *Comisión Paritaria* al respecto.

Por ello, las consideraciones remitidas a las partes en el trámite de audiencia no podían sino partir de los términos literales del acuerdo, interpretando el mismo en la medida de lo posible y, eso sí, conminando a las partes a, frente a sus imprecisiones en la tramitación del expediente previo «(..) precisar de modo más detallado cuáles son los servicios que el acuerdo realmente abarca, así como qué mercados entienden que deben en consecuencia considerarse como potencialmente afectados».

Sin perjuicio de que debe destacarse cómo, en contra de sus afirmaciones durante el trámite de información previa, en la respuesta de TESAU al trámite de audiencia se aludía a número de clientes captados a través de FADESA, con lo que es evidente que sí existe una aplicación del acuerdo -que se presumirá posterior a dichas afirmaciones-, al fin en su contestación TESAU expone los mercados que considera que estarían realmente afectados por el acuerdo con FADESA:

«el mercado de telefonía fija, el mercado de la prestación de servicios de acceso a Internet y el mercado de la TV de pago».

En este sentido, debe recordarse cómo, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, los mercados relevantes se han de definir caso por caso. De esta manera, las referencias que puedan realizarse a anteriores Resoluciones de esta Comisión o bien de los órganos de aplicación de la normativa sobre derecho de defensa de la competencia se efectúan a título meramente indicativo.

A este respecto, puede señalarse cómo el acuerdo afecta esencialmente al mercado de infraestructuras de acceso a redes fijas. Estas infraestructuras permiten el acceso a distintos servicios, como el servicio telefónico fijo anteriormente aludido, servicios de transmisión de datos en general, o de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Internet en particular. En sí mismas consideradas, a los efectos de este Informe puede señalarse la existencia de un mercado de infraestructuras de acceso a redes fijas que incluyen soluciones tecnológicas distintas como las correspondientes a Red Telefónica Conmutada (RTC), Red Digital de Servicios Integrados (RDSI), ADSL, LMDS y Cable. No se consideran sin embargo las correspondientes a las Redes Celulares que soportan los servicios de comunicaciones móviles, por los mismos motivos que se exponían en la *Resolución en el expediente ME 2000/2994: solicitud de intervención de LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. respecto de la "Tarifa Plana Personal" que comercializa TERRA NETWORKS, S.A.*, de 8 de noviembre de 2000 (en adelante, Resolución de 8 de noviembre de 2000), cuando se consideraba que:

«debe señalarse que el acceso a través de RTC y RDSI y el acceso a través de líneas alquiladas constituyen hoy en día los principales cauces de conexión con Internet. El acceso a través de terminales móviles y el acceso a través de redes de cable no serán considerados a los efectos que interesan en este Resolución, pues la implantación del primero, si bien presenta un potencial interesante, es hoy por hoy escasa, y el segundo, aun habiendo experimentado avances remarcables, no tiene todavía un peso significativo en el segmento de servicios de referencia ([]% de usuarios, de acuerdo con los datos del año 1999 de que dispone esta Comisión)».

Eso sí, la situación desde 1999 (los datos utilizados en la Resolución citada) ha variado en parte. En este sentido, y no obstante descartarse de nuevo la consideración del acceso a través de terminales móviles (pues con respecto al acceso a servicios de Internet su desarrollo aún no es significativo, y con relación al servicio de telefonía es un mercado que no está contemplado y por tanto no resulta afectado por el acuerdo TESAU-FADESA), el cable ha experimentado un desarrollo en términos de penetración que, debido además al hecho de que el acuerdo TESAU-FADESA afecta directamente a los servicios prestados a través de dicha tecnología, obliga a que sea tenido en cuenta en este Informe frente a la situación a que se refería la Resolución de 8 de noviembre de 2000.

Pues bien, de los términos literales del acuerdo entre TESAU y FADESA se desprende que, con arreglo al mismo, TESAU instalaría su infraestructura con anterioridad al resto de los operadores.

En este sentido, el acuerdo contiene una serie de previsiones que han de ser tenidas en cuenta con el objeto de determinar en qué medida pueden preservar o incluso aumentar el poder de mercado de TESAU en el mismo:

Así, en el *EXPONEN*-. Segundo del acuerdo se establece que «FADESA, empresa inmobiliaria de ámbito nacional (...) considera de sumo interés facilitar a todas aquellas personas que las adquieran (...) **desde el primer momento de su ocupación**, el acceso de las mismas a todos los servicios de telecomunicación, en especial al servicio telefónico, al de transmisión de datos, a Internet y a la televisión vía satélite».



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De igual modo, en *ESTIPULACIONES-PRIMERA.- OBJETO* se señala que «El presente CONTRATO tiene por objeto: Por parte de **TELEFÓNICA**, dotar a las nuevas viviendas construidas por FADESA de los servicios de telefonía, datos, Internet y televisión por satélite, que soliciten sus clientes, desde el primer momento de ocupación de las mismas por los adquirentes.

De hecho, la parte correspondiente a la infraestructura se explicita también en la cláusula *Tercera*, que alude a que FADESA repercutirá a TESAU «los costes de productos y servicios (...) **incorporados al valor de los inmuebles que promueve**, y que incluirá como instalaciones integradas a los mismos».

Con arreglo a la anterior definición, sería necesario aludir a en qué medida otras tecnologías, como el acceso a través de RTC, cable, el LMDS y los circuitos punto a punto podrían considerarse como sustitutivos de los anteriores para los usuarios residenciales. Por la necesidad que cubren todas las tecnologías de acceso contempladas, podría considerarse su carácter sustitutivo, en la medida en que salvo usuarios residenciales con unas necesidades personales muy específicas de ancho de banda, la generalidad de los mismos responderían a las variaciones en precio de las mismas. Aparte quedarían los circuitos punto a punto pues no son ofrecidos con carácter general a los usuarios residenciales.

Por otro lado, desde el punto de vista de sustituibilidad de la oferta, puede señalarse cómo el mismo par de cobre se sustentan tres tecnologías: la RTC, la RDSI y el ADSL. Desde este punto de vista, el mercado relevante habría de estar constituido únicamente por estas tres tecnologías. La provisión de acceso mediante cable o LMDS implica unas infraestructuras sustancialmente distintas a la del par de cobre. Además, los operadores de cable no tienen ámbito nacional, y en todo caso la capilaridad de su red, como ocurre en el caso del LMDS, es notablemente inferior a la de la red basada en el par de cobre que sustenta las tres tecnologías mencionadas.

Por otra parte, al ser TESAU la única firmante del presente Acuerdo, el mismo no resulta aplicable a los servicios de otras empresas del Grupo TELEFÓNICA –salvo que, como igualmente reconoce TESAU en su respuesta a las consideraciones de esta Comisión en trámite de audiencia, se formalizara un acuerdo entre TESAU y la filial del Grupo TELEFÓNICA interesada cuyas condiciones, además, habrían de ponerse a disposición del resto de agentes en condiciones no discriminatorias-, con lo que su ámbito se tiene que ceñir, exclusivamente, a los servicios que TESAU está habilitada para prestar como filial y, en concreto, los señalados de telefonía fija y acceso a Internet.

Así lo entiende la propia TESAU que expone claramente en su escrito, al justificar la inexistencia en su opinión de posibles subvenciones cruzadas, que



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el acuerdo no es aplicable a otras filiales del grupo TELEFÓNICA, sin perjuicio de señalarse, corroborando la anterior afirmación, que «no es descartable que paralelamente al presente Acuerdo firmado por TESAU, y objeto de la actual controversia con la CMT, las diferentes empresas del Grupo TELEFÓNICA que deseen estar integradas en esta iniciativa (tal y como es de interés de FADESA) vayan firmando sucesivos acuerdos análogos por el que se instruye (y remunera) a FADESA para que actúe en calidad de agente o intermediario».

Así, dado que actualmente, ninguna empresa del grupo TELEFÓNICA, con la excepción de TESAU, ha suscrito *acuerdos análogos* con FADESA, no están las mismas *integradas en esta iniciativa*, el mercado de referencia es el de las infraestructuras de acceso-en los términos anteriormente expuestos.

De esta manera, de acuerdo con las propias alegaciones de TESAU, los servicios de telefonía móvil de la filial del Grupo, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A., quedan fuera del acuerdo, así como cualesquiera otros servicios prestados por cualesquiera otras filiales de dicho grupo que no sean los prestados directamente por TESAU, única firmante del acuerdo en cuestión, debiendo excluirse en consecuencia también el mercado referente a la *televisión de pago por satélite*, puesto que no puede el acuerdo con FADESA al que este expediente se refiere aplicarse al mercado de la TV de pago en tanto que servicio prestado por una filial del grupo que no ha firmado el acuerdo.

En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de productos considerados, es el nacional, pues los competidores en general, y TESAU de forma particular, actúan en base a títulos habilitantes que permiten la prestación de sus servicios en todo el territorio nacional, siendo la normativa aplicable a dichas actividades de ámbito nacional, y pudiendo, en todo caso, predicarse unas condiciones homogéneas de competencia en todo el territorio nacional. TESAU, por su parte, se manifiesta conforme con dicho ámbito geográfico.

Segundo.- POSICIÓN DE TESAU EN LOS MERCADOS RELEVANTES.

En este sentido, puede adelantarse, tal y como ya se señalaba en la Resolución antes citada de 8 de noviembre de 2000, que «TESAU es propietaria del 99 % de los accesos a las redes telefónicas (...). Ello le otorgaría una clarísima posición de dominio». Por ello, y ante la actual situación del mercado de las infraestructuras de acceso, con una situación en la apenas existe competencia a TESAU en el mismo pese al tiempo transcurrido desde la liberalización, las distintas redes y tecnologías, así como operadores que las prestan, obliga precisamente a prestar atención particular al desarrollo de las mismas, de forma que no se establezcan más dificultades o trabas que las ya existentes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo referente a las *infraestructuras de acceso* a servicios de transmisión de datos en general, y de Internet en particular, TESAU dispone de un 95,73% del total de líneas de la red telefónica conmutada (RTC, en adelante) en servicio, cuota que es del 96,54 % en el sector residencial. En este sentido, el número de accesos cable, satélite o LMDS es actualmente excesivamente reducido como para no poder señalar la posición de dominio de TESAU, al suponer las líneas de la RTC un 81% del total de accesos instalados en España hasta el año 2000.

En relación con el servicio de *telefonía fija*, TESAU tiene una cuota de mercado por ingresos totales del 91,57 %, de acuerdo con el Informe anual de esta Comisión para el año 2000. La evolución de dicha cuota por facturación ha pasado de un 99,98 % en 1997 al referido 91,57% en 2000, mostrando una estabilidad considerable. Debe señalarse, además, que la disminución en la cuota de mercado por facturación ha decrecido en el período 1999-2000 – descenso de 2,77 puntos porcentuales- con respecto al período anterior 1998-1999 –en que la variación a la baja fue de un 3,46 %-.

En cuanto a los *servicios de acceso a Información*, procede destacar cómo del total de servicios soportados por las distintas infraestructuras, un 84,42 % corresponden a telefonía básica y tecnología de RTC con respecto a la cual TESAU ostenta un 86,71 % de cuota de mercado en facturación por llamadas de acceso a Internet. El resto de tecnologías contempladas representarían valores escasos todavía, resultando en todo caso considerable la posición de TESAU con respecto a la RDSI. En el ADSL la participación del Grupo TELEFÓNICA se inició a través de otras filiales, por lo cual es necesario tener en cuenta que las cifras de penetración alcanzadas por TESAU se refieren a un período singularmente corto de tiempo. De esta forma, y ante la posición de TESAU con respecto al *acceso a la información* a través de RTC, RDSI y ADSL y la importancia relativa de las distintas tecnologías entre sí, resulta predicable la posición de dominio de TESAU en el mercado de *acceso a Información*, en el modo anteriormente definido.

En todo caso, en los tres mercados la posición de dominio de TESAU se deriva de, y potencia por, otros indicadores tales como la mayor experiencia de TESAU con respecto a sus competidores, su extensa red comercial, su capacidad financiera o la reputación de su marca, entre otros. Con respecto a indicadores como los anteriores y su evaluación en el análisis referente a la determinación de la posición de dominio de una empresa en un mercado determinado, puede verse, entre otras, la *Resolución del TDC, de 30 de diciembre de 1991, en el expediente 295/91, en el asunto General Electric CGR España, S.A.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, el análisis se efectúa considerando la relación entre TESAU y FADESA desde la perspectiva de la posición de dominio que TESAU ostenta en los mercados de referencia, y sin perjuicio de las consecuencias que como acuerdo vertical le resulten aplicables.

A este respecto, como se ha reiterado tantas veces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y decisiones de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia, la posición de dominio no es en sí objeto de sanción, si bien, eso sí, impone a la empresa que la ostenta unas particularidades en cuanto a su ámbito de actuación, que básicamente se concretan en que no resultan admisibles comportamientos de la misma que no plantearían objeción en caso de ser ejecutados por empresas sin dicha posición de dominio.

El Tribunal de Justicia de la CE (en lo sucesivo, TJCE), ha establecido que incumbe a la empresa en posición dominante una **responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada** (sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461).

En suma, las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad de que sus actuaciones y comportamientos no perjudiquen la posibilidad de una competencia efectiva, resultando inadmisibles en consecuencia tales actuaciones aun cuando serían aceptables en empresas que no ostentaran dicha posición.

En este sentido, además, el abuso no requiere necesariamente un acto de imposición por parte de la empresa en posición de dominio. Es decir, un abuso no siempre es negativo para el que lo recibe, caso típico de los descuentos fidelizadores o las ventas por debajo de coste. En estos casos, lo determinante es que el abuso perjudica a los competidores afectando las condiciones de competencia efectiva. Así, el TJCE ha señalado en diversas ocasiones que cabe posición de dominio aun cuando el comportamiento se realice a instancia de los consumidores mismos. De este modo, exponía el TJCE en su sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, Rec.p. 461 (en lo que sigue, sentencia *Hoffmann-La Roche*-) que:

«el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado vincule a los compradores, **aunque sea a instancia de éstos** (...) constituye una obligación abusiva».

Esta argumentación ha sido recogida de modo prácticamente literal por esta misma Comisión en su *Resolución en el expediente sobre los programas de descuentos sobre las tarifas de los servicios interprovinciales de telefonía*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

practicados por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (...), de 19 de febrero de 1998.

Es más, ni siquiera es representativo el hecho de que, aparte de que en principio haya habido libertad para contratar, como se ha señalado, quepa después el poder en términos jurídicos de rescindir en cualquier momento la relación por parte de la parte que recibiría el abuso. Así, se expone en la sentencia del TJCE de 1 de abril de 1997, *BPB Industries PLC-British Gypsum LTD/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-0389 (en adelante, *seNtencia del TJCE British Gypsum*) que:

«el derecho a resolver un contrato no impide en modo alguno su aplicación efectiva, al menos mientras no se haga uso de la facultad de resolución. A este respecto, procede señalar que **una empresa que ocupa una posición dominante dispone de un poder que puede permitirle imponer a sus clientes no sólo la celebración de tales contratos, sino también el mantenimiento de los mismos**».

Del mismo modo, tampoco es necesaria en todo caso la existencia de culpa o intencionalidad por parte de la empresa en posición de dominio, tal y como recoge la reseñada sentencia del TJCE *British Gypsum*, «este Tribunal recuerda que **el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo** (sentencia *Hoffmann-La Roche*, antes citada, apartado 91) y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 del Tratado CEE, **al margen de cualquier culpa**. En consecuencia, la alegación de las demandantes según la cual BG nunca tuvo intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de incidencia alguna en la calificación»

En consecuencia, se analiza tanto la relación de TESAU con FADESA, como la de TESAU con los clientes finales, teniendo en cuenta sus efectos sobre los competidores y los propios clientes finales, así como las repercusiones sobre las condiciones de competencia en los mercados afectados, con el objeto de determinar en qué medida el acuerdo entre TESAU y FADESA, a raíz de sus distintas cláusulas y posibles interpretaciones, pudiera suponer la puesta en práctica de comportamientos constitutivos de abuso de posición de dominio.

Tercero.- CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE TESAU EN SU RELACIÓN CON FADESA.

A) Con relación a la exclusividad en la relación con FADESA.

La primera cuestión a evaluar es en qué medida el acuerdo establece una relación de exclusividad de FADESA a TESAU.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A este respecto, en las consideraciones remitidas a TESAU en la audiencia se indicaba que «con respecto a la cláusula SEXTA del acuerdo (cláusula SEXTA.- VIGENCIA: «El presente contrato entrará en vigor a partir del día siguiente al de su firma y finalizará el 31 de diciembre de 2002, prorrogándose automáticamente por bienios, salvo que FADESA establezca algún convenio o contrato de colaboración incompatible con este Convenio con otro operador del sector de las telecomunicaciones, en cuyo caso quedará automáticamente extinguido»), no queda en absoluto claro qué se debe entender por *convenio o contrato de colaboración incompatible con este Convenio*, pero el mismo hecho de no fijarse referencia podría impedir a FADESA la suscripción de contratos similares con otros operadores de telecomunicaciones en caso de que quisiera mantener su relación con TELEFÓNICA, máxime cuando la sanción prevista para el caso de *incompatibilidad* es que el acuerdo con TELEFÓNICA «quedará automáticamente extinguido». Así, se señalaba en las referidas consideraciones que «la aludida cláusula Sexta establece, *a sensu contrario*, la incompatibilidad del acuerdo con cualquier otro suscrito con operadores de telecomunicaciones, salvo aquellos referidos tan sólo a operadores de cable y cuya finalidad se ciña exclusivamente al tendido de red *hasta* las edificaciones:«Las partes reconocen la compatibilidad de este Convenio y cualquier otro contrato suscrito por FADESA INMOBILIARIA S.A. con cualquier otro operador de telecomunicaciones, que haya tenido por objeto el tendido de la red de telecomunicaciones por cable hasta las edificaciones». Los operadores con posición de dominio no deben imponer exclusividad en sus relaciones con otros agentes (...) En efecto, parece muy conveniente que FADESA incorpore en su oferta inmobiliaria la posibilidad a sus clientes de recibir unos servicios de telecomunicación avanzados y variados, pero en este sentido se presentaría como más positivo aún si FADESA puede elegir entre los distintos suministradores de estos servicios, sin verse constreñido a uno en exclusiva».

Ello no obstante, TESAU manifiesta en su contestación a dichas consideraciones que «FADESA es libre de alcanzar acuerdos similares con otros operadores de telecomunicaciones (...) distintos de los del Grupo TELEFÓNICA, que estén dispuestos a prospeccionar este nuevo canal de distribución», con lo que, pese a que las cláusulas del Acuerdo en principio llevan a interpretar la existencia de exclusividad en relación de FADESA con respecto a TESAU, no lo entiende así TESAU.

Parece que existe, sin embargo, evidente contradicción en las alegaciones de TESAU, pues frente a la anterior afirmación, posteriormente señala que «ciertos aspectos de exclusividad son necesarios para asegurar el buen fin y el objeto del contrato [...] así, desde el momento que en el marco del Acuerdo se estén transmitiendo conocimientos técnicos, como know-how, técnicas de comercialización, formación sobre productos de telecomunicaciones, y TESAU no los puede recuperar, es necesario que mi representada se asegure mínimamente –y al menos durante el plazo de 2 años que se ha considerado adecuado- que sus competidores directos no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

van a aprovecharse de una inversión que asume mi representada (...) no se impone a FADESA (...) obligación de abstenerse de firmar acuerdos similares con los operadores de cable. La razón es bien sencilla, puesto que la tecnología que subyace en la prestación de los servicios proporcionados a través del cable es sustancialmente diferente de lo que prestan las empresas del Grupo TELEFÓNICA, y, en consecuencia, mi representada no identifica riesgo alguno (...) que FADESA llegue a acuerdos cuyo objeto sea facilitar el tendido de la red de cable hasta sus edificaciones».

La contradicción es evidente. Sin embargo, y pese a la señalada afirmación de TESAU de que el acuerdo no limita la libertad de FADESA de «alcanzar acuerdos similares con otros operadores de telecomunicaciones», los términos concretos del mismo, y en concreto la redacción de la cláusula SEXTA, permiten concluir que estamos ante una cláusula de exclusividad. Es, por tanto, necesario determinar si la existencia de la mencionada cláusula puede suponer de algún modo una barrera a la entrada para los operadores entrantes.

A este respecto, deben tenerse en cuenta una vez más las alegaciones de TESAU:

«Recordemos que, de acuerdo con la *Comunicación de la Comisión Europea de 13-10-2000 sobre directrices relativas a las restricciones verticales*, así como la doctrina emanada de nuestro TDC (Resolución Airtel/TELEFÓNICA, de 2.3.99), en relación con el aspecto de la exclusividad, el elemento fundamental a analizar desde el punto de vista económico es si se genera un efecto de cierre de mercado o expulsión de los competidores; y como veremos, un Acuerdo de estas características no generaría en ningún caso dicho efecto. En este sentido, no podemos dejar de reseñar que a 1.11.01 las solicitudes de altas que se podían considerar generadas a raíz de la intermediación de FADESA, no alcanzaban ni el [] % del total de altas generadas en el mismo período por el resto de canales de comercialización de los que dispone TESAU (1004, telefonicaonline, red de agentes, telemarketing, etc.)».

En todo caso, la vista de los propios datos suministrados por TESAU, el Acuerdo tiene efectos de importancia indudable, pues un [] % aproximado del total de altas de nuevos clientes de TESAU es una cifra relevante, máxime considerando que con respecto a los datos acumulados en el sector un [] % de altas de TESAU es prácticamente un [] % en la captación total de nuevos clientes, pues la cuota de captación de nuevos clientes de TESAU con respecto al total del sector es de aproximadamente un [] %. De esta manera, con tan sólo [] acuerdos de esta magnitud TESAU llegaría a un 100 % del total de altas actuales de nuevos clientes en todo el territorio nacional.

A lo anterior debe añadirse, además, que por el momento FADESA no está aplicando el Acuerdo a todas sus promociones inmobiliarias sino sólo a algunas con características bien definidas. En consecuencia, los efectos potenciales del Acuerdo son aún mayores de los anteriormente destacados, pues nada obsta a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que en cualquier momento el mismo sea aplicado a todas las promociones de FADESA y no sólo a algunas.

Pero es que, además de la importancia de las cifras aportadas por TESAU en cuanto a su aspecto cuantitativo, debe señalarse que las mismas están cualitativamente cualificadas.

En efecto, no sólo se trata de un [] % de los nuevos clientes captados por TESAU y una cuantía en consecuencia similar de los clientes totales captados por el sector, pese a no estarse aplicando el acuerdo a todas las promociones de FADESA, sino que, además, se trata de clientes de especial poder adquisitivo. Así, TESAU indica que «FADESA está incluyendo la comercialización conjunta de sus viviendas con la oferta de servicios de telecomunicaciones ofrecidos por TESAU (...) solamente en inmuebles con características bien definidas en cuanto a calidad, precio y emplazamiento (...) cuyo público objetivo lo constituye un perfil de cliente joven, profesional y de poder adquisitivo medio-alto». De hecho, señala TESAU que en realidad «dentro de la variada oferta de venta de viviendas que FADESA tiene entre todas sus promociones, la gran mayoría de las mismas están orientadas a clientes con un nivel económico medio-alto».

En consecuencia, no sólo se trata de la captación de un número relevante de clientes, sino de una tipología de clientes especialmente interesantes por su capacidad de consumo y propensión al mismo. Así lo corrobora de seguido TESAU al exponer que «es previsible que este tipo de cliente tenga un consumo medio de servicios de telecomunicaciones (...) más elevado que la media, de manera que, en virtud de la expectativa de mayores ingresos (...)». No en vano, sobre estas diferencias en la tipología de cliente llega TESAU a fundamentar la diferencia de trato a los mismos con respecto al resto, por poner al servicio de los primeros un teléfono gratuito (línea 900) de atención al cliente.

En consecuencia, el Acuerdo con FADESA y las cláusulas analizadas tienen entidad suficiente, por sus efectos actuales y los potenciales, como para justificar la necesidad de actuación en caso de imposición de cláusulas de exclusividad, por lo que, tenida en cuenta la alegación de TESAU de que «[TESAU] no puede aceptar que se considere, sin más y sin realizar un análisis en mayor profundidad respecto del potencial impacto en los mercados relevantes, que una situación de posición de dominio en el mercado vede totalmente la posibilidad de acordar obligaciones de exclusividad, aun cuando ésta esté muy limitada en ciertos aspectos, sea una restricción necesaria para conseguir el objeto del contrato y, dado el contexto económico aplicable, los potenciales efectos restrictivos en el mercado sean nulos», puede determinarse que realizado dicho análisis resultan evidentes los potenciales efectos del acuerdo sobre la competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con respecto a la existencia de exclusividad en la relación entre TESAU y FADESA, es necesario esclarecer en qué medida el establecimiento de la misma está debidamente justificada, así como si por sus efectos resulta admisible o podría suponer una barrera a la entrada.

«De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los compromisos de compra en exclusiva no están prohibidos con carácter general. La apreciación de sus efectos en el mercado depende de las características de este último (sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis C-234/89, y sentencia de 1 de abril de 1998, BPB Industries PLC y British Gypsum Limited T-65/89, punto 66).

Sin embargo, estas consideraciones no pueden admitirse sin reserva en un mercado en el que, al ostentar un operador una posición dominante, la competencia está restringida. En tal caso incumbe a la empresa en tal posición una responsabilidad particular (Michelin y British Gypsum, punto 67).

El hecho de que una empresa en posición dominante vincule a los compradores, aunque sea a instancia de éstos –mediante una obligación de abastecerse respecto de la totalidad o gran parte de sus necesidades- constituye una explotación abusiva de la posición dominante».

Pues bien, con respecto a la relación entre TESAU y FADESA pueden repetirse los mismos argumentos de modo especialmente cualificado.

En efecto, con relación a si para TESAU existe justificación objetiva en cuanto a la imposición de exclusividad en el acuerdo, la propia TESAU alega que la conveniencia de exclusividad devendría de la necesidad de evitar actuaciones de *parasitismo* por parte de otros operadores con respecto a los gastos en que incurriría TESAU, singularmente en la formación técnica del personal de FADESA.

En este sentido, parece existir cierta contradicción en las alegaciones de TESAU, pues cuando pretende justificar la exclusividad aduce que incurre en ciertos gastos extraordinarios de los que otros operadores podrían beneficiarse, mientras que posteriormente, con relación al establecimiento para los clientes captados por FADESA de una línea de atención al cliente específica y gratuita, lo justifica por el ahorro de costes que la captación a través de FADESA le supone.

Al margen de si el acuerdo le supone o no a TESAU un ahorro en los costes, podría señalarse también que la información transmitida a FADESA no parece que resulte especialmente sensible ni compleja como para justificar una exclusividad en la relación. De hecho, el formulario que FADESA actualmente pone a disposición de los clientes aportado en el expediente, es lo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suficientemente sencillo, y los servicios contemplados lo suficientemente estandarizados con respecto a clientes residenciales, como para ser cuando menos cuestionable la justificación para TESAU del establecimiento de exclusividad en su relación con FADESA como agente.

Por otra parte, con respecto a si la exclusividad se realiza en interés de FADESA, siquiera parcialmente, puede señalarse cómo la remuneración que se fija por el acuerdo a FADESA, de un [] % de los ingresos por tráfico de voz se atribuyen, y de acuerdo con la *Estipulación-Tercera.2.h)*, es para que FADESA la destine a «acciones de promoción y co-marketing».

De este modo, no existe en el acuerdo entre TESAU y FADESA una remuneración a esta última por su labor como agente, al asignarse las cantidades únicamente para su empleo en labores de promoción, con lo que menos aún puede considerarse remunerada la exclusividad a la que en virtud del acuerdo FADESA se obliga.

No parece que existiera inconveniente alguno para FADESA en concluir acuerdos de distribución de servicios y productos de telecomunicaciones de otros operadores, percibiendo la correspondiente comisión por ello. Es más, en principio FADESA se beneficiaría de un mayor abanico de servicios y proveedores que ofrecer a sus clientes, y por tanto, de mayores niveles de contratación a su través y, en consecuencia, mayores comisiones.

Finalmente, en lo atinente a los efectos de barrera a la entrada, y tal y como se expuso anteriormente, estos resultan significativos, teniendo en cuenta el número de altas de TESAU por las labores de intermediación de FADESA, así como el hecho de que las mismas se producen entre clientes de capacidad adquisitiva elevada y con anterioridad a que los mismos ocupen siquiera sus viviendas y puedan recibir la visita o captación comercial del resto de operadores.

Los datos de crecimiento de los operadores entrantes en los mercados de relevancia afectados, muestran la dificultad que tiene la captación para los mismos de nuevos clientes, por lo que, de nuevo, las consideraciones expresadas resultan especialmente relevantes a estos efectos.

En consecuencia, no parece admisible el establecimiento de exclusividad en la relación entre TESAU y FADESA en tanto que no está objetivamente justificada y, además, tiene efectos restrictivos de la competencia, especialmente en lo relativo a la adquisición de nuevos clientes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) Con respecto a la posible fidelización a FADESA

TESAU se compromete no sólo a abonar a FADESA todos los costes en que la misma incurra, sino que, además se compromete a abonarle un [] % de los ingresos totales percibidos por TESAU.

No parece que los ingresos comprometidos por TESAU a FADESA tengan por sí efectos fidelizadores. Ello no obstante, no parece comprensible por qué motivo la percepción de dichos ingresos, que suponen el único modo de que FADESA recupere los costes de promoción que le supone el cumplimiento del acuerdo, se vincula a que los clientes permanezcan preasignados con TESAU. De nuevo, resulta cuando menos cuestionable que la remuneración a FADESA como agente se haga depender de una circunstancia que en absoluto depende de ésta, cuando por otro lado, además, los costes en que incurre FADESA se habrían en todo caso producido y quedarían sin la correspondiente remuneración.

En todo caso, puede señalarse cómo el acuerdo no debiera impedir, ni directamente a través de cláusulas de exclusividad, ni indirectamente a través del establecimiento de condiciones fidelizadoras –subapartado B)-, la prestación por FADESA de labores de mediación con respecto al resto de operadores entrantes en las mismas condiciones, cuando menos, que a TESAU.

C) En referencia a la posible existencia de subvenciones cruzadas entre las distintas filiales del Grupo TELEFÓNICA.

TESAU ha llegado a un acuerdo con FADESA por el cual esta inmobiliaria se convierte en agente de TESAU, mediando en la contratación entre los clientes finales y TESAU a cambio de una remuneración.

En este sentido, no puede aceptarse que FADESA distribuya los servicios de otras filiales del grupo TELEFÓNICA, salvo que previamente dichas filiales formalicen su relación con FADESA, tal y como se señaló anteriormente.

En caso de que FADESA realizara labores de agente a favor de otras filiales del grupo TELEFÓNICA distintas de TESAU, estas filiales habrían de formalizar con dicha inmobiliaria sus respectivos acuerdos, y remunerar de forma independiente y transparente a FADESA.

Es inadmisibles, como se ha expuesto, que TESAU remunere a FADESA con un 2,25 % de la facturación por servicios de voz prestados a los clientes la labor que ésta realizaría de agencia para otras filiales del grupo TELEFÓNICA. Se trataría de un caso de subvenciones cruzadas contrario además a la normativa sectorial y sus previsiones con respecto a la separación de cuentas. Por ello,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del formulario de alta en los servicios que se pone a disposición de los clientes de FADESA deben ser excluidos aquellos servicios que no sean directamente prestados por TESAU y, en concreto, el de la televisión de pago por satélite.

Del mismo modo, en caso de que alguna otra filial del grupo TELEFÓNICA utilizara, previa formalización del contrato correspondiente y con pago, por su parte y con cargo a sus propios recursos, de los costes incurridos por el agente, utilizara los servicios de FADESA, y por tratarse de relaciones jurídicas distintas, no podría admitirse que en los formularios de alta figuraran de forma conjunta los servicios de distintas personas jurídicas.

Al respecto, pueden tenerse en cuenta las consideraciones expuestas por el TDC en su *Resolución en el expediente 423/97, AIRTEL/TELEFÓNICA*, así como en los referentes a medidas cautelares en el marco de ambos (*Resolución en el expediente MC 10/96, AIRTEL/TELEFÓNICA* y *Resolución en el expediente 14/96, AIRTEL TELEFÓNICA*), entre otras.

TESAU se manifiesta conforme con los presupuestos que sirven de base a las anteriores consideraciones. Así, expone que:

«tal y como considera la CMT, desde el momento que las empresas que estén finalmente implicadas en esta estrategia de comercialización conjunta (...) de acuerdo con su Plan de Negocio que recoja la adecuada imputación de ingresos y gastos (sobre todo en lo que se refiere al coste de la remuneración a FADESA por su labor de intermediación) (...) [así como] que, de existir algún tipo de prestación, servicio o puesta a disposición de recurso entre empresas del Grupo TELEFÓNICA, se formalice adecuadamente desde la perspectiva jurídico-económica y se realice a precios de mercado (...) no cabría identificar supuesto alguno de subvención cruzada».

Tan sólo matizar a este respecto que, en el caso de que TESAU formalizara relación *a precios de mercado* con otras filiales del grupo TELEFÓNICA las mismas condiciones habrían de ser ofrecidas, en su caso, de forma transparente y no discriminatoria a terceras empresas interesadas en recibir el mismo servicio de TESAU.

D) El cumplimiento de la normativa sobre Infraestructuras Comunes en Edificios.

En lo relativo a las infraestructuras, es necesario que se respete las previsiones y finalidad de la normativa sobre ICTs. Así, en la audiencia se señalaba a las partes que «debe mostrarse y detallarse la compatibilidad del acuerdo entre TELEFÓNICA y FADESA con la normativa establecida en materia de Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones».

En este sentido, nada ha alegado TESAU. No obstante, en el acuerdo firmado entre TELEFÓNICA y FADESA, pueden destacarse las siguientes cláusulas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alusivas a la instalación de infraestructura de TESAU en las viviendas de nueva construcción de FADESA: []

Pues bien, a este respecto cumple señalar la necesidad de que el acuerdo TESAU-FADESA y la aplicación del mismo sean acordes con la normativa sobre ICTs.

En este sentido, en la *Contestación a la consulta formulada por la sociedad ENDESA INGENIERÍA DE TELECOMUNICACIONES (ENDITEL) sobre la necesidad de obtener títulos habilitantes para la instalación y posterior explotación de una red de telecomunicaciones en un Centro Comercial*, aprobada por el Consejo de esta Comisión el 5 de julio de 2001, se comentaba que:

«Las infraestructuras de acceso a los servicios de telecomunicaciones en los edificios tendrá la consideración de infraestructura común propia y deberá permitir el acceso de cualquier operador para la prestación de sus servicios de telecomunicaciones a los distintos propietarios o arrendatarios que se lo soliciten(...).

Ya hemos puesto de manifiesto la obligación que pesa sobre todo promotor y/o propietario de edificación de dotar a cada una de las viviendas o locales de las infraestructuras comunes necesarias para la prestación de servicios de telecomunicaciones (...) en el caso en que la única conexión con las redes exteriores (...) sea la proporcionada por la red interna proyectada, ésta no tendrá tal carácter en lo que a su conexión con el exterior se refiere, sino que ha de ser considerada como infraestructura común de telecomunicaciones no susceptible de explotación por quien la despliega (...) y que puede ser utilizada sin coste por cualquier operador que preste servicios al arrendatario (...). Sólo cabe la posibilidad de explotación de esta red cuando la infraestructura común exista al margen de la red cuya explotación se pretende».

La necesidad de velar por el cumplimiento de la normativa referida es evidente, dado que, tal y como se señalaba en la *Resolución en el expediente sobre la solicitud de intervención presentada por MADRITEL TELECOMUNICACIONES, S.A. en relación a determinadas actuaciones de TELEFÓNICA, S.A. en materia de cableado interno de edificios de viviendas situados en la Comunidad Autónoma de Madrid*, aprobada por el Consejo de esta Comisión de 11 de febrero de 1999, recordando lo dispuesto en Resolución de esta Comisión de 1 de octubre de 1998:

«las comunidades de vecinos suelen negar el acceso a los nuevos operadores cuando TELEFÓNICA (...) ha tendido ya su nueva infraestructura o ha solicitado el correspondiente servicio, extremo éste último que suele producirse con cierta frecuencia».



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, y como se señala en este Informe, actuaciones como la instalación de rosetas con el logotipo de TESAU y otras posibles infraestructuras que de algún modo generen una ventaja competitiva injustificada a TESAU con respecto al resto de operadores entrantes en contra de lo dispuesto por las previsiones y finalidad de la normativa sobre ICTs resultarían inadmisibles.

Por ello, precisamente, resulta de nuevo cuestionable que en aplicación del acuerdo las rosetas instaladas tuvieran el logotipo de TELEFÓNICA, pues ello impediría que los operadores entrantes estuvieran en igualdad de condiciones con respecto a TESAU, cuya imagen sería la única disponible desde el momento de entrada en las viviendas.

Semejante razonamiento sería igualmente aplicable a cualquier otra infraestructura que TESAU pretendiera establecer con anterioridad a la ocupación de las viviendas y que, por definición, excluyera la posibilidad futura de prestación de idénticos servicios por parte de sus competidores. En este sentido, puesto que, de acuerdo con la *Estipulación-Tercera.1.f)* del acuerdo, FADESA cobrará a los clientes el coste de la infraestructura que, más allá de las ICTs, se establezca en las viviendas, para luego liquidar dicho importe a TESAU, que recuperaría así el coste de la inversión, parece que serían los clientes los que estarían financiando la infraestructura instalada por TESAU. Esta ventaja puede tener efectos especialmente graves si se considera la exclusividad con que en principio se establece el acuerdo. De hecho, suponiendo que el acuerdo fuera extendido a otras constructoras e inmobiliarias de ámbito nacional, se llegaría a una situación en la que la mayor parte de las viviendas llevarían, incorporadas a las mismas, la infraestructura de TESAU, que sería sufragada por los adquirentes de las mismas. En caso de que un operador alternativo deseara prestar servicio a los clientes residentes en las mismas se encontraría con dos obstáculos. El primero, la imposibilidad de lograr la mediación de la constructora o inmobiliaria, que es la única que está en posición de captar al cliente para los servicios de telecomunicaciones antes incluso de su adquisición de la vivienda. El segundo, la necesidad de instalar en su caso su propia infraestructura, corriendo con su coste (frente a TESAU, que lo habría recuperado del cliente a través de FADESA) o bien obligando al cliente a desembolsar las cantidades correspondientes (con lo que sería para muchos disuasorio el acudir a los servicios de operadores alternativos y tener que, de nuevo, financiar la infraestructura necesaria).

Es cierto que cabe una interpretación alternativa a la exposición anterior. Así, podría entenderse que TESAU se limitaría a instalar una infraestructura que sería inmediatamente propiedad del cliente, con lo que en caso de que éste quisiera recibir los servicios de otro operador, la misma infraestructura podría ser usada por éste para prestarle dichos servicios.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, aun esta interpretación plantea problemas. En efecto, en primer lugar, las infraestructuras no siempre tendrían por qué ser compatibles, con lo que el cliente tendría en propiedad las correspondientes a TESAU, pero no le valdrían para recibir los servicios de otros operadores, o bien podría ser una infraestructura compartida con otros residentes, en cuyo caso no sería fácil que todos convinieran en ponerla a disposición del nuevo operador y dejar de recibir el servicio de TESAU –a título de ejemplo, puede considerarse la instalación de antena de televisión digital de pago por satélite-. Por otro lado, y las rosetas a las que se alude en el acuerdo constituyen un ejemplo, hay infraestructuras que podrían llevar la imagen de marca de TESAU, generando en los clientes posibles confusiones en cuanto a su posible utilización con otros operadores y, en todo caso, otorgando a TESAU una ventaja competitiva desde el inicio en cuanto a su imagen corporativa.

Cuarto.- CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE TESAU EN SU RELACIÓN CON EL CLIENTE FINAL.

A) Con respecto a la exclusividad en la prestación de los servicios por TESAU con respecto al cliente final.

Ante las consideraciones remitidas por esta Comisión a las partes en el acuerdo sobre la posible existencia de un abuso de posición de dominio por la imposición de exclusividad con respecto a los clientes finales, TESAU alega que «el usuario final siempre va a seguir disponiendo de libertad para decidir si contrata la prestación de los servicios ofertados y si quiere que sean empresas del Grupo TELEFÓNICA las que le presten los servicios (...) así cabe derivarse de los términos de la contestación dada por FADESA al requerimiento de información de 13 de junio de 2001 (contestación de 26 de junio de 2001), donde consta expresamente en el modelo de solicitud de altas en los servicios la posibilidad de que el cliente no esté interesado en alguno, o incluso ninguno, de los servicios que le proponga FADESA. Por lo tanto, no existe obligación jurídica alguna a cargo del cliente para verse compelido a contratar con TESAU. En última instancia es el cliente (...) quien debe manifestar su voluntad de contratar esos servicios».

De este modo, dado que es así como TESAU señala que se aplica el Acuerdo, y en la medida en que, efectivamente éste no impone directamente a los usuarios exclusividad alguna en cuanto a los servicios de TESAU, ni se ha recibido queja alguna en tal sentido ninguna consideración particular parece necesaria.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B) Con relación a la posible fidelización de los clientes finales por parte de TESAU.

En relación con la posible existencia de condiciones fidelizadoras, como se ha señalado, no se puede trasladar a los clientes finales descuento alguno que no esté aprobado conforme al sistema de regulación de precios vigentes, ni siquiera a través de un agente interpuesto, es decir, a través de FADESA.

De esta manera, siendo el precio aplicado a los clientes finales el que TESAU está autorizada a establecer, las únicas condiciones con posible efecto fidelizador serían las referidas a la línea 900 específica de atención al cliente. En relación con la existencia de una línea 900 específica, y en la medida en que con respecto a los clientes en general existen números de atención al cliente de carácter igualmente gratuito, como el 1004 para usuarios residenciales y el 900 555 022 para empresas, no parece que la puesta a disposición de un número específico tuviera como medida aislada efectos suficientes como para apreciar un abuso de posición de dominio por prácticas fidelizadoras.

Cuestión distinta sería la relativa a la obtención de un [] % de descuento en los equipos asociados al alta o traslado de líneas. Este descuento es una aliciente a que cada nueva línea que el usuario requiera la solicite preferentemente a TESAU, con el objetivo de lograr la bonificación.

Por otro lado, el descuento señalado no es ofrecido a usuarios que estén en las mismas condiciones –esto es, que pretendan dar de alta o trasladar una línea–, salvo que sean de FADESA, generándose así una discriminación por razones subjetivas entre los distintos usuarios, sin justificación objetiva alguna.

C) En cuanto al posible empaquetamiento de servicios de TESAU o el Grupo TELEFÓNICA.

Siguiendo los mismos presupuestos, no resultaría admisible un empaquetamiento de servicios a los clientes finales, en el caso de que se estuviera vinculando la contratación de determinados bienes o servicios a la de otros cuando la contratación independiente de los mismos fuera posible en condiciones normales.

No obstante, TESAU manifiesta en sus alegaciones que el usuario será en todo caso libre de contratar o no los servicios de TESAU o de acudir a los prestados por otros operadores, con lo que no parece existir un empaquetamiento de servicios a los clientes finales que, una vez más se recuerda, tampoco sería admisible que se realizara a través de FADESA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- LA POSICIÓN DE FADESA CON RESPECTO A LOS CLIENTES FINALES. Si FADESA realiza, según el Acuerdo, una mera función de agente, su actividad en este sentido ha de limitarse a comercializar los productos de TESAU, sin alterar ni su precio ni las condiciones de prestación de los mismos. FADESA se limita, como agente, a mediar en la contratación entre los clientes finales y TESAU, pero será esta última la que determine la forma en que los clientes finales tengan que adquirir los servicios, y el precio aplicado a los mismos, siendo por tanto TESAU a quien se imputarán las consecuencias derivadas de los posibles incumplimientos al respecto.

Por ello, en las consideraciones que se remitieron a las partes en el trámite de audiencia se señalaba que «con respecto al presupuesto de promoción y co-marketing: 1) No se establece de qué modo lo empleará FADESA, con lo que es imaginable que, por ejemplo, repercutiera una parte en el cliente final, beneficiándose así éstos de un descuento en el servicio de telefonía que no sería en principio acorde con el actual sistema de regulación de precios de TELEFÓNICA», no siendo admisibles las alegaciones de TESAU de que «las ventajas económicas que se aplican a los clientes de FADESA no cabe entenderlas como descuentos fidelizadores anticompetitivos (...) incluso si el precio de los productos y servicios de telecomunicaciones incluidos en la oferta que realiza FADESA fueran sustancialmente más atractivos que el de los mismos contratados individualmente, por el hecho de que sea FADESA quien decida, con cargo a su remuneración como agente, asumir parte del coste de la contratación de esos servicios, sería una actuación en ningún caso imputable al Grupo TELEFÓNICA (...) FADESA (...) es libre para trasladar a sus clientes las eficiencias de costes que se generan al realizar simultáneamente dos tipos de actividades relacionadas económicamente (...) las ventajas económicas que quiera otorgar FADESA directamente a sus clientes, bien porque se generen directamente por la propia actividad de FADESA, bien porque FADESA se limite a trasladar las mejores condiciones que TESAU (o cualquier otra empresa del Grupo TELEFÓNICA) quiera ofrecerle».

Efectivamente, es consustancial a la figura del agente el limitarse a mediar en los contratos por cuenta de su principal. El cliente final con quien realmente está contratando es con el principal. El agente se limita a su labor de mediación. El principal es, por tanto, quien define el servicio y su precio. En caso contrario, no podría hablarse de acuerdo de agencia, y se habría de analizar el acuerdo a la luz del derecho de la competencia y, en concreto, las prácticas colusorias.

En definitiva, FADESA, en tanto que agente, no puede alterar las condiciones aplicables a la prestación del servicio. Es TESAU quien presta el servicio y quien define el precio del mismo, con arreglo al sistema de regulación de precios vigente. En caso de pretender FADESA alterar las condiciones de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación del servicio y, singularmente, el precio, entraría en funciones más propias de un revendedor que de un agente. En efecto, existen en el mercado de las telecomunicaciones diversas entidades cuyo negocio, en todo o en parte, consiste en adquirir servicios de telecomunicaciones de operadores para, alterando las condiciones de prestación del mismo o, simplemente, su precio, ponerlo a disposición de los clientes finales. La diferencia entre estas entidades y los agentes es que las primeras contratan en nombre propio con el cliente, y ello les permite fijar o modular las condiciones de prestación del servicio o su precio, en tanto que los agentes se limitan a promover la contratación de servicios de su principal, cuyo servicio, con sus condiciones y precio, es el que los clientes finales contratan y reciben, sin alteración.

En suma, o entendemos que el servicio prestado al cliente final es el de TESAÚ, y por tanto el precio tiene que ser el regulado, o entendemos que es un servicio adquirido y revendido por FADESA, con lo que ya no sería necesaria su prestación al precio regulado, pero sí el que FADESA solicitara y obtuviera la pertinente autorización provisional como revendedor, de acuerdo con las previsiones de la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Las anteriores consideraciones no conllevan la inadmisión del Acuerdo, pues éste no recoge la posibilidad de que FADESA altere el precio o condiciones del servicio de TESAÚ y se trata de una mera posibilidad apuntada por esta Comisión en sus consideraciones al trámite de audiencia. Eso sí, dicha posibilidad no es negada por TESAÚ por lo que a este respecto se considera necesario reiterar cómo, de acuerdo con lo expuesto, o bien se entiende que no se está ante un acuerdo de agencia excluido de la aplicación de la normativa sobre acuerdos verticales y debiéndose además cumplir previamente por parte de FADESA las obligaciones que la normativa sectorial de telecomunicaciones establece, o bien se considera que el acuerdo es de agencia y, entonces, se imputan al principal, esto es, a TESAÚ la fijación de las condiciones y precio aplicables a los servicios que presta y que los clientes finales contratan, con lo que cualquier reducción en las tarifas cobradas a dichos clientes habría de efectuarse de conformidad con la regulación de precios aplicable por la normativa sectorial de las telecomunicaciones y de forma que se evitaran discriminaciones constitutivas de abuso en virtud de la posición de dominio que TESAÚ ostenta en los mercados de referencia.

Tal y como se ha expuesto, al entenderse que el Acuerdo TESAÚ-FADESA es un contrato de agencia, la labor de FADESA se limita a promover los servicios de TESAÚ y, como mucho, mediar en su contratación, de forma tal que, una vez contratado el servicio de TESAÚ por el cliente final, FADESA no tiene participación posterior en la relación generada.

Dado que quien presta los servicios es TESAÚ, es necesario analizar en qué medida algunas cláusulas en el Acuerdo TESAÚ-FADESA podrían tener



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectos contrarios a la libre competencia con respecto a los clientes finales, como pudieran ser los de exclusividad, fidelización, empaquetamiento o subvenciones cruzadas.

En todos los casos analizados la actuación de FADESA no puede motivar en modo alguno que se imputen a ésta los comportamientos en su caso caracterizables como generadores de exclusividad, fidelización, empaquetamiento o subvenciones cruzadas, tal y como pretende TESAU en sus alegaciones con el objeto de eximirse al respecto, pues, como se ha expuesto, es TESAU a quien la relación, con todas sus condiciones, se imputa, limitándose FADESA a mediador en los términos que TESAU, como principal, le señale con lo que alegaciones como la de TESAU de que «una hipotética restricción del ámbito decisional del consumidor en ningún caso sería imputable al Grupo TELEFÓNICA, desde el momento que es FADESA quien libremente decide –en el marco de su independencia empresarial y a su riesgo y ventura– el portfolio de productos y servicios (...) que van a ser incluidos como parte de sus ofertas de promoción inmobiliaria» resultan inadmisibles e incorrectas.

Vistos los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, el Consejo de esta Comisión

RESUELVE

Único.- Declarar el archivo del expediente OM 2001/4976 por caducidad del mismo.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes