



## COMISION 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 nº 31/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de septiembre de 2002, se ha adoptado el siguiente,

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN, EN SU CASO, DE MEDIDAS EN SALVAGUARDA DE LA LIBRE COMPETENCIA CON RELACIÓN A LOS CONTRATOS SUSCRITOS DE FECHA 1 DE FEBRERO DE 2001, ENTRE RETEVISIÓN I Y LAS SOCIEDADES, ANTENA 3 TELEVISIÓN,S.A., GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. Y SOGECABLE, S.A. PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO PORTADOR SOPORTE DE LAS SEÑALES DE TELEVISIÓN TERRESTRE (OM 2002/6703).**

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de junio de 2001, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), al amparo del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que en su art. 29.2, letra c) atribuye a esta Comisión la función de seguimiento y análisis de los distintos tipos de servicios de telecomunicaciones, entre los que se encuentran los servicios portadores soporte de los servicios de radiodifusión televisiva, inició de oficio un periodo de información previa con el fin de analizar la situación del mercado una vez liberalizado legalmente el citado servicio, de acuerdo con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

**SEGUNDO.-** En el ejercicio de tales atribuciones, esta Comisión ha analizado los contratos suscritos entre RETEVISIÓN I, SAU y las cadenas de televisión, ANTENA 3, TELECINCO y Canal Plus, con vistas a conocer y evaluar de primera mano cómo se está desarrollando la efectiva liberalización del mercado una vez extinguido el monopolio legal en favor del Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión.

**TERCERO.-** A resultados de un primer análisis de los contratos, esta Comisión extrajo una serie de valoraciones preliminares de carácter indiciario que apuntaban la existencia de determinadas cláusulas susceptibles de falsear o entorpecer unas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de efectiva competencia en la prestación de servicios portadores soporte de los servicios de televisión terrestre.

**CUARTO.-** De igual modo, con fecha 11 de enero de 2002, esta Comisión, acogiéndose a la habilitación competencial anteriormente mencionada, así como a la disposición específica del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, solicitó a RETEVISIÓN I, S.A.U la remisión de determinada información relativa a los precios contenidos en los citados contratos, con vistas a verificar el cumplimiento del mandato legal de precios máximos contenido en el punto 2 *in fine* de la Disposición transitoria cuarta de la Orden de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al Uso del Dominio Público Radioeléctrico.

**QUINTO.-** Con fecha 29 de enero de 2002, RETEVISIÓN I, SAU, solicita la ampliación del plazo concedido para dar cumplimiento al requerimiento de información practicado, alegando causas de fuerza mayor que le imposibilitan cumplir con la solicitud en el plazo inicialmente concedido.

**SEXTO.-** Con fecha 31 de enero de 2002, atendiendo a la solicitud de RETEVISIÓN I, SAU, la CMT le concede una ampliación del plazo de cinco días hábiles.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 6 de febrero de 2002, tiene entrada en el Registro de la CMT la documentación requerida a RETEVISIÓN I SAU, a la vez que solicita la declaración de confidencialidad del contenido íntegro de la misma, incluidos sus anexos, en la medida en que constituye secreto comercial, así como la restricción del derecho de acceso al mismo según lo previsto en el artículo 37.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ( en adelante "LRJ-PAC").

**OCTAVO.-** Tras su estudio y valoración de los documentos anteriores, esta Comisión consideró que existían suficientes indicios como para iniciar de oficio un procedimiento administrativo en el que se determine si existen o no condiciones contractuales que pudieran entorpecer la efectiva competencia en el mercado de servicios portadores soporte de los servicios de televisión terrestre. A tal fin, con fecha 29 de abril de 2002 el Consejo de la CMT acordó la apertura del presente procedimiento. En su parte dispositiva, el citado acuerdo acotó el objeto del procedimiento en los siguientes términos:

*"Acordar de oficio, en virtud del artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la apertura de un procedimiento para analizar los contratos suscritos entre RETEVISIÓN I, SAU y ANTENA 3TV,SA, Gestevisión TELECINCO, SA y SOGECABLE, SA, el día 1 de febrero de 2001, y determinar si los mismos pueden tener por objeto o efecto, el falseamiento de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de los servicios portadores soporte de los servicios de televisión terrestre, adoptando en su caso, las medidas necesarias en salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva".*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**NOVENO.-** Iniciada la instrucción, y teniendo presente que aun cuando no era objeto del presente procedimiento, si podría influir en la instrucción del mismo dado que previsiblemente podrían existir condiciones de contratación similares a las detectadas en los contratos suscritos por los concesionarios privados del servicio publico esencial de televisión, se requirió a la sociedad estatal televisión española, S.A., (en adelante, TVE,SA) la remisión a esta Comisión de aquella documentación contractual que pudiera haber suscrito con RETEVISIÓN I, SAU, para la contratación de servicios portadores aptos para transmitir sus señales de televisión.

A dicho fin, con fecha 10 de mayo de 2002, se remitió escrito de solicitud de información al representante legal de la citada sociedad pública.

**DECIMO.-** Con fecha de entrada en el Registro de la CMT, de 23 de mayo de 2002, TVE, SA da cumplimiento al escrito arriba citado, adjuntando como nexos al mismo, i) acuerdo para la distribución de las señal analógica (del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006) ii) acuerdo para la distribución de la señal digital (del 3 de abril de 2002 al 31 de diciembre de 2006).

**DECIMO PRIMERO.-** Con fecha 27 de mayo de 2002, se declara confidencial, de acuerdo con el artículo 37.5 d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la documentación remitida por TVE, SA, en su escrito de fecha de entrada 23 de mayo de 2002, por constituir secreto comercial de RETEVISIÓN I y Televisión Española, S.A., quedando por tanto restringido su acceso a terceros en los términos de la citada ley procedimental.

**DECIMO SEGUNDO.-** Con fecha 27 de mayo de 2002, se persona a los efectos del artículo 35 a) de la LRJ-PAC, representante legal de RETEVISIÓN I, SAU, obteniendo copia del documento nº 1 obrante en el expediente.

**DECIMO TERCERO.-** Analizada la documentación remitida por TVE, SA, esta Comisión observó que entre sus cláusulas no aparecen aquellas que motivaron la apertura del presente procedimiento y que sí fueron detectadas en los acuerdos suscritos entre RETEVISIÓN I,SAU y las cadenas de televisión ANTENA 3TV,SA, Gestevisión Telecinco, SA y SOGECABLE, SA, de fecha 1 de febrero de 2001.

Por lo anterior, no se han practicado diligencias para su declaración como parte con interés legitimo en el presente procedimiento, ni la sociedad estatal TVE, SA ha realizado manifestación alguna en ese sentido.

**DECIMO CUARTO.-** Teniendo en cuenta que el presente procedimiento se ciñe al análisis cualitativo sobre los posibles efectos anticompetitivos de los contratos suscritos entre las partes, no existe la necesidad de realizar más actos de instrucción que los adoptados y expuestos en los fundamentos de hecho precedentes. De igual modo, ninguna de las partes firmantes de los contratos han solicitado la práctica de nuevas diligencias por lo que esta Comisión da por terminada la instrucción del procedimiento redactando un informe sobre la valoración que le merece determinadas cláusulas contenidas en los contratos analizados.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**DECIMO QUINTO.-** Por lo anterior, con fecha 14 de junio de 2002, y de conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC), en relación con el artículo 37.5 del mismo texto legal, se notifica a las partes la apertura del trámite de audiencia a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, señalándose que disponen de un plazo de QUINCE (15) DÍAS para cumplimentarlo.

**DECIMO SEXTO.-** Con fecha de entrada 2 de julio de 2002, se recibe en el Registro de la CMT, escrito de RETEVISIÓN I,SAU por el que solicita al amparo del art. 49.1 de la LRJ-PAC, una ampliación del plazo inicialmente concedido para el trámite de audiencia. Valorada la solicitud, con fecha 4 de julio de 2002, se remite escrito a RETEVISIÓN I, SAU por el que se concede una ampliación del plazo inicial de 15 días en otros 5 días adicionales.

**DECIMO SÉPTIMO.-** Con fecha de entrada 5 de julio de 2002, se recibe en el Registro de la CMT, escrito de GESTEVISIÓN TELECINCO, SA, por el que solicita al amparo del art. 49.1 de la LRJ-PAC, una ampliación del plazo inicialmente concedido para el trámite de audiencia. Valorada la solicitud, con fecha 5 de julio de 2002, se remite escrito a GESTEVISIÓN TELECINCO, SA, por el que se concede una ampliación del plazo inicial de 15 días en otros 5 días adicionales.

**DECIMO OCTAVO.-** Con fecha de entrada 5 de julio de 2002, se recibe en el Registro de la CMT escrito de alegaciones en el trámite de audiencia de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. En su escrito, tras exponer las valoraciones que le merece el informe anejo a la notificación de apertura del trámite de audiencia, solicita el archivo del expediente y, para el caso de que no sea así, con carácter subsidiario, propone la modificación de la cláusula 3.3.9 del contrato en el sentido de mantener la posibilidad de resolución anticipada del contrato transcurrido un año desde su entrada en vigor, en caso de obtener una oferta cierta y que se base en precios objetivamente sostenibles.

Solicita igualmente, el mantenimiento integro de la cláusula duodécima y la declaración integra de confidencialidad del escrito presentado.

**DECIMO NOVENO.-** Con fecha de entrada 11 de julio, SOGECABLE solicita una ampliación del plazo inicialmente concedido, con el fin de poder disponer de tiempo suficiente para alegar en el trámite de audiencia.

**VIGESIMO.-** Con fecha de entrada 12 de julio, TELECINCO presenta escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, dentro del plazo concedido y ampliado. En su escrito, tras exponer los argumentos y alegaciones que le merece el informe de esta Comisión y realizar una defensa de las cláusulas controvertidas, solicita se dicte resolución por la que se acuerde el archivo del presente procedimiento.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**VIGESIMO PRIMERO.-** En contestación a la solicitud de declaración de confidencialidad de ANTENA 3 TELEVISIÓN, con fecha de salida 12 de julio de 2002, se remite escrito al solicitante por el que, tras el análisis de su solicitud, no se aprecia la existencia de información sensible susceptible de revelar secretos comerciales o industriales que pudieran afectar a ANTENA 3 TELEVISIÓN, por lo que se rechaza la solicitud dada la ausencia de tal información sensible ni motivación de parte que así lo justifique.

**VIGESIMO SEGUNDO.-** Con fecha de entrada 15 de julio de 2002, se remite por esta Comisión escrito de contestación a la solicitud de SOGECABLE de ampliación del plazo inicialmente concedido en la comunicación de inicio del trámite audiencia. Se comunica una ampliación de 5 días más.

**VIGESIMO TERCERO.-** Con igual fecha, se recibe en tiempo y forma en el Registro de entrada de la CMT, escrito de alegaciones en el trámite de audiencia de RETEVISIÓN I. En este escrito, tras exponer la valoración que le merece el informe de los servicios, solicita el archivo del presente procedimiento. Otro sí solicita la declaración de confidencialidad de la integridad de sus alegaciones.

**VIGESIMO CUARTO.-** Con fecha 17 de julio de 2002, se remite escrito a RETEVISIÓN I, por el que se le indica que, tras el análisis de su solicitud, esta Comisión no encuentra ningún elemento de juicio alegado de parte, ni información sensible que pueda revelar secreto comercial o industrial alguno, por lo que se rechaza la solicitud de confidencialidad presentada el día 15 del mismo mes.

**VIGESIMO QUINTO.-** Con fecha de entrada en el Registro de la CMT, 19 de julio de 2002, SOGECABLE presenta escrito de alegaciones en el trámite de audiencia. Tras exponer la valoración que le merece el informe de los servicios, sostiene la validez de las cláusulas controvertidas. No incluye ninguna solicitud expresa.

**VIGESIMO SÉXTO.-** Con fecha 22 de julio de 2002, representante de RETEVISIÓN I, accede al expediente y solicita y se le concede copia de los escritos de alegaciones de TELECINCO, ANTENA 3 TELEVISIÓN Y SOGECABLE.

**VIGESIMO SÉPTIMO.-** Con fecha 22 de julio de 2002, se recibe nuevo escrito de alegaciones de SOGECABLE, sin apreciarse en su contenido variación sustancial respecto del presentado días antes.

**VIGESIMO OCTAVO.-** Con fecha 25 de julio de 2002, RETEVISIÓN, TELE 5, SOGECABLE y ANTENA 3, TV, solicitan de esta Comisión el aplazamiento de la resolución del procedimiento con objeto de lograr un acuerdo de modificación del contrato que supere las deficiencias advertidas en el informe de los Servicios de esta Comisión.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA CMT**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en su artículo 1.Dos, 1 define como objeto de esta Comisión el 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, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Para el cumplimiento efectivo de su objeto, la Comisión está facultada, entre otras, para ejercer la función de velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias para lo que dictará las resoluciones oportunas (Art. 1.Dos.2.c) y para adoptar las medidas que sean necesarias, para salvaguardar la pluralidad de ofertas de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y la interconexión de redes y suministro de red en condiciones de red abierta; la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios (Art. 1.Dos.2.f).

El artículo 5 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante Orden de Licencias) incluye, como una de las condiciones generales para todas las categorías de licencias para el establecimiento o explotación de redes públicas y la prestación de servicios a terceros, la obligación de no incurrir en conductas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones y la de acatar las resoluciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este ámbito.

Por otro lado, el artículo 56.4 (segundo inciso) del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio (en adelante RSU), establece que la CMT podrá introducir cláusulas de modificación en los contratos celebrados entre operadores cuando afecten a la competencia en el mercado.

Por lo tanto, esta Comisión resulta competente para analizar los contratos suscritos entre RETEVISIÓN I, S.A.U y ANTENA 3TV, SA, Gestevisión TELECINCO, SA y SOGECABLE, SA y, si lo estima necesario, para compeler a los suscriptores de los mismos a realizar las modificaciones que estime necesarias en orden a salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de servicios portadores soporte de servicios públicos de televisión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **II.2.- EL MERCADO DE LOS SERVICIOS PORTADORES SOPORTE DE LOS SERVICIOS DE DIFUSIÓN DE TELEVISIÓN**

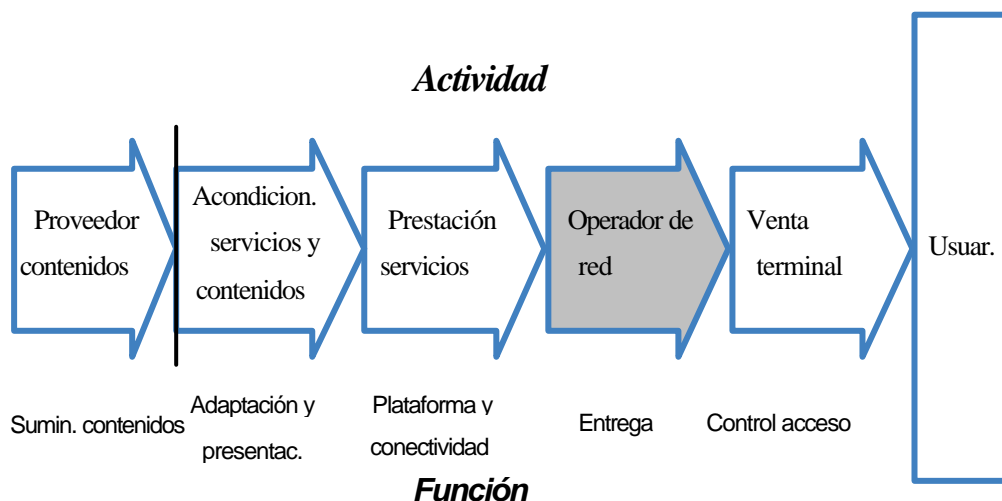
En este apartado se pretende ofrecer una perspectiva general de la estructura del mercado de prestación de servicios portadores soporte de los servicios de televisión. Con ello se pretende ilustrar desde un enfoque esquemático el papel que desempeñan en la cadena de valor las relaciones económicas que subyacen en los contratos analizados en el presente procedimiento.

#### **II.2.1.- LA CADENA DE VALOR**

La Gráfica siguiente representa la cadena de valor en la que se aprecian las actividades y funciones que en ella tienen lugar desde que se produce la señal de televisión (TV) hasta que ésta se pone a disposición del público.

Pues bien, la representación que aparece en esta gráfica nos permite identificar el mercado en el que los contratos analizados despliegan sus efectos como aquel mercado en el que confluyen, de un lado, la oferta de una “actividad” —que es la de prestación de servicios de red representado en el gráfico 2 por la flecha “operador de red”— y, de otro, los difusores que demandan dicha actividad para cubrir la necesidad de hacer llegar al público sus servicios públicos de televisión terrestre —representados en esta gráfica mediante la función “Entrega”—. En particular, será este el mercado que constituye el objeto de análisis en el marco del presente expediente.

*“Cadena de valor del servicio de difusión de Televisión”*



A continuación, y una vez contextualizada de modo genérico la actividad objeto de análisis, interesa profundizar en las principales características que definen las relaciones que se mantienen en los planos vertical y horizontal del mercado, de modo que se permita conocer las particularidades propias de esta actividad y el poder que, dependiendo de la posición que ocupe, posee cada perfil de operador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **II.2.2.- RELACIONES HORIZONTALES EXISTENTES EN EL MERCADO DE SERVICIOS PORTADORES SOPORTE DE SEÑALES DE TELEVISIÓN.**

Hasta la liberalización legal del servicio soporte de señales analógicas, este mercado era un monopolio legal gestionado indirectamente desde la constitución del segundo operador global en 1.997. Junto con el operador de ámbito nacional coexistían y coexisten una serie de operadores regionales que hasta el año 2.000 no han empezado a regularizar sus redes al haber obtenido el correspondiente título habilitante tal y como dispone la Ley General de Telecomunicaciones (LGTT).

En el ámbito de la difusión de señales analógicas, RETEVISIÓN actúa en solitario en el mercado de ámbito nacional y compite en el plano regional con las redes de difusión de operadores regionales. Es en este ámbito regional en donde existe alternativa en el suministro del servicio, aunque no en todas las Comunidades Autónomas (en adelante "CCAA"). En ambos casos, los operadores compiten sobre la base del despliegue de sus propias instalaciones e infraestructuras haciendo uso compartido de algunas instalaciones no replicables.

Respecto de la difusión de señales digitales, sólo RETEVISIÓN actúa en el mercado nacional mientras que las CCAA todavía están en fase de convocatoria de concursos. Las características que se indican a continuación pretenden identificar aquellas circunstancias a las que debe hacer frente un operador interesado en competir en este mercado como operador de red, ya sea de ámbito nacional o regional.

- a) Barreras de entrada al mercado: Operar en este mercado significa tener que superar la barrera de entrada consistente en disponer de instalaciones e infraestructuras aptas para el diseño de una red de difusión de señales digitales de televisión. Mayor será la barrera cuanto menor sea la facilidad de acceso a las instalaciones existentes.

El legislador, consciente de ello, del carácter de servicio público del servicio de televisión y cuestiones de índole medioambiental, favorece el uso compartido de instalaciones e infraestructuras existentes para la difusión de televisión, si bien no fija ningún criterio de cómo realizar este uso compartido. Por tanto, queda en manos de la negociación privada entre las partes, correspondiendo a la CMT dirimir los conflictos de acceso que puedan surgir por ello.

Una circunstancia que actúa asimismo como barrera de entrada a este mercado, es la existencia de notables economías de escala derivadas de estructuras de costes con un elevado peso relativo de los costes fijos. Las economías de escala, que permiten lograr reducción de costes unitarios al elevar el volumen de producción, favorecen a los operadores ya establecidos, suponiendo un obstáculo estructural para los nuevos entrantes.

- b) Factor tiempo: Aun superando la barrera anterior, para prestar el servicio el operador debe conformar la red, y ésta no se constituye hasta que no se adjudican las concesiones y se firman los contratos por los cuales se cede el uso de las frecuencias que tiene asignadas el concesionario del servicio





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público de televisión terrestre; la consecuencia de esto es que los contratos suelen vincularse a la duración de la concesión del servicio público de televisión.

- c) Barreras de salida: Existen barreras de salida derivadas de los costes hundidos en que incurre el operador que constituye la red. Las infraestructuras e instalaciones que conforman la misma no tienen un uso alternativo directo, y sólo de forma parcial<sup>1</sup>.
- d) El mercado es excluyente: Es decir, la firma de un contrato con un difusor impide por largo tiempo la entrada de otro operador de servicios de difusión, debido al escaso numero de agentes demandantes.
- e) Inexistencia de servicios sustitutivos: El servicio portador de señales de televisión, no dispone de sustitutivos en otros mercados, ya que sus características y peculiaridades técnicas singulares (las redes de difusión), no encuentran correspondencia en otros servicios comercialmente disponibles a corto plazo en otros mercados distintos.

### **II.2.3.- RELACIONES VERTICALES EXISTENTES ENTRE EL OPERADOR DE RED TERRESTRE QUE PRESTA LOS SERVICIOS PORTADORES DE DIFUSION Y LOS OPERADORES DE TELEVISION.**

Como se expone a continuación, existen unas condiciones de partida que parecieran limitar la participación en el mercado a un número reducido, tanto de oferentes como de demandantes, además de existir importantes barreras de entrada y en este caso también de salida —como son los costes hundidos y los contratos de larga duración— que estructuran unas condiciones y poder de negociación fuertes en la conclusión de acuerdos en este eslabón de la cadena de producción.

#### **a) Posición negociadora de los agentes oferentes de servicios portadores de televisión terrestre**

Analizando las características de la oferta, se observa en primer lugar, que las cualidades requeridas para intervenir como oferente de estos servicios está muy condicionada por factores de índole técnico e históricos, limitando el número de agentes oferentes sólo a aquellos que están en disposición de las cualidades técnicas requeridas por la demanda y que derivan de las propias obligaciones de servicio público del difusor.

Efectivamente, estas peculiaridades determinan una peculiar configuración de la oferta de servicios portadores pero sólo en el último tramo de la red, es decir, las redes de difusión. Esto es así en la medida en que la limita a aquellas redes planificadas sobre la base del espectro radioeléctrico destinado por el Cuadro Nacional de Atribución de

---

<sup>1</sup> Una parte de las instalaciones e infraestructuras es susceptible de prestar servicios a otros clientes (mástiles, alimentadores, casetas, terrenos, sin embargo no es así para otros componentes como los transmisores o los multiplexores).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frecuencias (CNAF) y respectivos instrumentos de planificación técnica para estos servicios de televisión (Planes Técnicos Nacionales de Televisión tanto analógico como el digital).

En segundo lugar, y en línea con lo anterior, se detecta un elevado poder de negociación a cargo del operador de red establecido (RETEVISIÓN I, SAU) derivado de la imposibilidad de la demanda de servicios portadores de difusión de disponer, en el corto plazo, de una oferta alternativa de servicios portadores de difusión con la que disciplinar su comportamiento en el mercado. Efectivamente, en el corto plazo sólo existe, como oferta real de servicios portadores, la que pueda realizar el operador establecido, RETEVISIÓN I, y ello en la medida en que es el único que dispone de un sistema de red inmediatamente utilizable.<sup>2</sup>

Consecuencia de lo anterior es que, llegada la fecha de renovación de los contratos analógicos, el equilibrio negociador entre oferta y demanda, en este corto plazo, es, en principio y para la transmisión analógica, mucho menor que la que existirá en el medio y largo plazo para la transmisión digital, dado que se espera que con la entrada de nuevos operadores de red se incremente la escasa presión competitiva actual sobre el operador de red establecido.

Esta situación, como se ha indicado, responde a que, hoy por hoy, RETEVISIÓN I, SAU, es el único operador que dispone de elementos de red y de los conocimientos sobre el uso del espectro radioeléctrico que resultan necesarios para ofertar servicios portadores de difusión analógicos.

No obstante lo anterior, la situación de desequilibrio negociador en favor del operador de red analógico descrito puede variar en el medio/largo plazo, a raíz de los efectos que tendrá en el mercado la introducción generalizada de la tecnología de transmisión digital y la previsible aparición de operadores alternativos. En este caso, el posible desequilibrio negociador apuntado en el corto plazo a favor del operador de red establecido puede invertirse, y destacar entonces el poder de negociación de la demanda, el cual podría actuar bajo condiciones de oligopsonio<sup>3</sup>.

### b) Posición negociadora de los agentes demandantes de servicios portadores de televisión terrestre.

---

<sup>2</sup> Ver en este sentido la reserva genérica de frecuencias en favor de Retevisión I que aparece en la propia Orden del espectro radioeléctrico (Orden de 9 de marzo de 2.000). En concreto, el apartado 1 de la Disp. Trans. Cuarta dice: *“Una vez finalizado el plazo inicial de 10 años,...., Retevisión, S.A., prestará directamente el servicio portador, mediante la utilización de las frecuencias afectas a su red, en los términos y condiciones resultantes de la Licencia B1 de la que es titular.....”*

<sup>3</sup> Concepto económico que en derecho de la competencia, significaría una posición de dominio colectiva del lado de la demanda., al existir un reducido número de agentes actuando en conjunción de intereses.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La demanda para la difusión de ámbito nacional (es decir, los difusores de televisión tanto públicos como privados), es la existente desde el año 1991, momento en el cual tuvo lugar la entrada de tres operadores de TV privados.<sup>4</sup>

Esta demanda presenta una notable barrera de entrada a nuevos operadores derivada de la necesidad de obtener un título de concesionario, que es además de larga duración (10 años). Así, la competencia es en este mercado limitada, dado que no hay variaciones en la entrada o salida del mismo de operadores de televisión radiodifundida.

La demanda de estos servicios parece disponer de suficiente capacidad de negociación a la vista de las cifras y rebajas reflejadas en los contratos analizados. En principio, estos datos impiden afirmar con rotundidad que el operador de red establecido disfrute de suficiente autonomía frente a sus clientes (la demanda histórica), siendo prueba de ello los nuevos precios fijados para el servicio portador de difusión analógica, los cuales son sensiblemente inferiores a los que se venían cobrando en régimen de monopolio legal.

No obstante, este poder de negociación y la bajada de precios respecto de los que se venían aplicando con anterioridad a la liberalización (del orden del 30% más bajos), no parece que provengan de la presión competitiva de operadores de red alternativos en el corto, sino más bien del efecto de descontar y aplicar en el corto plazo la potencial presión competitiva de operadores de redes digitales de difusión que tendrá lugar en el medio plazo, una vez se definan todas las condiciones técnicas aplicables a la TDT.

A ello hay que añadir la obligación de servicio público impuesta a RETEVISIÓN I, SAU por la Disposición Transitoria Cuarta de la Orden de 9 de marzo relativa al uso del dominio público radioeléctrico, por la cual RETEVISIÓN I, SAU debe atender la demanda de servicios portadores analógicos. Esta disposición viene por tanto a mitigar el posible desequilibrio negociador entre la demanda y la oferta en el corto plazo, al imponer un modelo de precios máximos.

### **II.3.- ANALISIS DE LAS CLAUSULAS DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

---

<sup>4</sup> Ya existían difusores regionales desde la aprobación de la Ley del Tercer Canal de Televisión en el año 1983, destinadas a las CCAA. El análisis actual se centra sólo en el marco de difusores de ámbito nacional, por lo que no se tienen en cuenta ámbitos regionales, si bien la estructura de mercado sería la misma. Como ya se ha apuntado en notas anteriores, el distinto perfil jurídico de los nuevos difusores de ámbito nacional abunda en la idea de que no pueden ser integrados en el mismo perfil (posición en el mercado) de la demanda histórica. A las razones de índole jurídico, se le deben añadir las derivadas del hecho de que están ausentes en el mercado de venta de espacios publicitarios, lógicamente por ser nuevos operadores y no disponer de cuota en este mercado de la publicidad televisiva. En este caso, por tanto, los nuevos difusores de ámbito nacional no quedarían integrados bajo igual perfil que el de TELECINCO, ANTENA 3 y SOGECABLE, por las tres razones apuntadas; i) no son difusores analógicos, ii) sus obligaciones concesionales son diferentes y iii) son operadores nuevos sin cuota ni presencia en el mercado.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este apartado se realizará un análisis de las cláusulas contenidas en los contratos desde el punto de vista del derecho de la competencia, observándose que algunas de las cláusulas incluidas en ellos son susceptibles de producir distorsiones en las condiciones de competencia en el mercado de servicios portadores soporte de los servicios de televisión terrestre. Este análisis es el que se ofrece a continuación:

### II.3.1.- Análisis de la “Cláusula Inglesa”

La cláusula 3 punto 3.9 de los contratos incluye un sistema contractual de fidelización y control de precios, denominada en derecho de la competencia “cláusula inglesa”. En términos generales, este tipo de cláusulas suele consistir en la inclusión, en los contratos que van a regir las relaciones comerciales entre la demanda y la oferta de un producto o servicio, de un derecho de tanteo o de contratación preferente del proveedor con sus clientes, mediante la cual el proveedor dispone de la opción de igualar o mejorar cualquier otra oferta más ventajosa que los clientes puedan obtener de potenciales competidores del proveedor. Según la doctrina de la Comisión Europea, este tipo de cláusulas incluidas en contratos puede tener como efecto real o potencial el falseamiento de las condiciones de competencia efectiva en el mercado.<sup>5</sup>

En los contratos analizados, esta situación podría desembocar en que llegada la fecha de su hipotética ejecución, se estaría impidiendo, a través del ejercicio del derecho de tanteo al que alude la citada cláusula, la entrada efectiva de potenciales competidores y se estaría fomentando el control de los precios del mercado, así como la cesión de información estratégica de la competencia potencial en el mercado citado.

Además, la demanda estaría aceptando con ello que se produzca un control de precios por el operador dominante mediante la cesión, (que podría violar el secreto comercial) de la información recibida del potencial competidor, limitando con ello, de forma consciente, los efectos de una efectiva competencia.

Lo anterior se basa en el riesgo de que la existencia de la citada cláusula, y su debido cumplimiento por las partes, exige normalmente la puesta a disposición del operador dominante de la información comercial y estratégica en precios del nuevo operador oferente, a efectos de que la cláusula pueda ejecutarse. Esta puesta a disposición del operador de la información mencionada opera por tanto como presupuesto básico y previo para la aplicación de la cláusula en cuestión.

### II.3.2.- Análisis de la cláusula esencial de “Cliente de Primera Categoría”

---

<sup>5</sup> Los casos en los que se han tratado por la doctrina y jurisprudencia comunitarias estas cláusulas como factor de falseamiento de la competencia, incluyen casos en los que se ha considerado la cláusula como un abuso de un operador dominante en el sentido del art. 82 TCE, esto es, en el marco de procedimientos de aplicación del derecho horizontal de la competencia, aunque también resulta de aplicación a acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia. Ver caso 85/76, Hoffmann-La Roche v. Comisión (1979) ECR 461, para. 89, caso COMP/1630-Air Liquide/BOC de 18/01/2000, Asunto IV/33.133-C, ceniza de sosa-Solvey; Asunto 40/73, Suiker Unie/Comisión; Asunto 322/81, Nederlandsche Banden Industries Michelin, y también los casos: IV/36.511/F3-Roberts/Greene King, SG (98) D/9557 y caso IV/29.021-BP Kemi-DDSF, OJ L 286 de 14-11-1979.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como complemento a la problemática descrita en el punto anterior, y como reflejo del poder de negociación de la demanda, la cláusula 12 de los contratos contiene una previsión excesivamente genérica, por la cual RETEVISIÓN I se compromete a proporcionar a los firmantes de los contratos el trato de cliente de primera categoría. En concreto consiste en ofrecerles las condiciones más favorables que RETEVISIÓN I ofrezca a cualquier otro cliente en España para servicios equivalentes.

Esta cláusula tiene el carácter de condición esencial en los contratos, lo que implica que su inclusión es uno de los presupuestos básicos que llevan a ANTENA 3, TELECINCO y SOGECABLE a su firma. En términos de competencia, esta cláusula abunda en el sentido de que RETEVISIÓN I no tiene un poder de negociación tan elevado como para disciplinar a la demanda, dado que la propia demanda dispone de suficiente poder de negociación como para imponer estas condiciones en la negociación.

El carácter genérico de su redacción puede afectar de modo arbitrario a RETEVISIÓN I en la medida en que, según lo que la demanda entienda por “servicios equivalentes” y “cualquier otro cliente en España”, podrá requerir a RETEVISIÓN I una modificación de las condiciones económicas de los contratos, basándose para ello en este caso, y a diferencia de la cláusula inglesa, en la información que obtendrán de RETEVISIÓN I y sus eventuales acuerdos con otros difusores.

La cláusula implica el deber de cesión de información por parte de RETEVISIÓN I a los difusores firmantes de los contratos sobre condiciones de contratación de terceros, y puede por ello suponer una vulneración del secreto comercial de terceros difusores, además de ofrecer a los actuales difusores firmantes la posibilidad de conocer las estrategias de despliegue de sus eventuales competidores.

El resultado o efecto posible de esta cláusula consistiría en un control de las condiciones estratégicas de la competencia, además de atribuir una elevado grado de discrecionalidad a la hora de apreciar cuándo y por qué los servicios se consideran “equivalentes” y que, por tanto, activarían la operativa de la citada cláusula.

Se puede sostener, por tanto, que ésta cláusula introduce serios riesgos para el equilibrio contractual de las partes firmantes, e incluso podría entenderse que supera la esfera de la autonomía privada de las partes para actuar “de facto” como regulador de precios del mercado en cuestión.

Y ello es así porque la aplicación del principio de no discriminación en el trato comercial que RETEVISIÓN I debe ofrecer a los radiodifusores con los que contrate es una obligación expresamente contenida en su propio título habilitante, así como en la normativa específica vigente acerca del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión.

En efecto, tanto la LGTel como la Orden sobre el Uso del Espectro Radioeléctrico caracterizan dicho servicio como un servicio de telecomunicaciones sujeto, en el caso de RETEVISIÓN I, a una obligación de servicio público. Por consiguiente, cualquier viso de discriminación, en el sentido de no ofrecer condiciones equivalentes para servicios equivalentes, dispondría de protección jurídica suficiente sin necesidad de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

introducir en los contratos una cláusula como la analizada. De ello se sigue que una Cláusula Cliente de Primera Categoría, por sí misma, no aporta mayor protección frente a la prestación por parte de RETEVISIÓN de condiciones económicas distintas para servicios idénticos —equivalentes— que la que se deriva de las obligaciones a las que RETEVISIÓN ya está sometida en virtud de la legislación sectorial vigente.

Así, puede afirmarse que la citada cláusula no aporta ningún factor de protección o tutela adicional del que ya se deriva del enunciado del propio principio de no discriminación, desde el momento en que dicho principio resultaría aplicable si RETEVISIÓN I tuviera como clientes a radiodifusores a los que prestara todos o parte de los servicios que son objeto del contrato analizado con condiciones más ventajosas que las actualmente ofrecidas a ANTENA 3, TELECINCO y SOGECABLE.

En cambio, lo que sí pareciera relevante en este sentido es el mecanismo de intercambio de información entre las partes derivado de la inclusión de la mencionada cláusula en los contratos analizados, que se produciría en este caso desde RETEVISIÓN I hacia los radiodifusores firmantes de los mismos. En virtud de dicho flujo de información —consecuencia directa de la operativa impuesta por dicha cláusula contractual—, los difusores conocerían no solo los precios que RETEVISIÓN I pretendiera aplicar a otros difusores competidores para servicios equivalentes, sino también, y como resultado de ello, las estrategias de implantación de estos eventuales competidores, así como información comercial sensible propiedad de los mismos. Así, pasaría a manos de los difusores firmantes de estos contratos un conjunto de información que, de no estar presente en los contratos de referencia la cláusula de Cliente de Primera Categoría, no tendría por qué ser de su conocimiento. Y es precisamente el hecho de que esta información sensible de estos otros competidores pudiera pasar a manos de los difusores firmantes de los contratos lo que podría darle a éstos una situación de privilegio que, unida a su posición de estabilidad en el mercado, podría producir distorsiones en la competencia en el mercado (ascendente) de los servicios de difusión de televisión, al colocar en desventaja a aquellos otros que pretendiesen acceder a este mercado.

En todo caso, tal y como expresamente se indica en la normativa aplicable<sup>6</sup>, es una competencia de esta Comisión dirimir los conflictos que puedan surgir entre las partes firmantes, con motivo de desacuerdos sobre las condiciones y precios de los contratos analizados, de ahí que aún, existiendo normativa al respecto, el legislador ha introducido la figura del regulador como organismo encargado de ofrecer mayores garantías en favor de los radiodifusores para evitar una eventual discriminación por parte de RETEVISIÓN I.

Efectivamente, la CMT como regulador de los sectores convergentes (telecomunicaciones, audiovisual e Internet) dispone de la posibilidad de tener acceso a la información contractual y condiciones comerciales de los agentes del sector de cara a verificar y dirimir, en su caso, con plena sujeción al principio del deber de secreto comercial, las condiciones en que han negado cada una de las partes.

---

<sup>6</sup> Disposición Transitoria Cuarta, punto tercero de la citada Orden sobre uso del Espectro Radioeléctrico.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, debe reiterarse que es el regulador y no los operadores de servicios de difusión de televisión quien tiene la facultad de interpretar y conocer si existe o no discriminación en precios y condiciones, pues dichas facultades son facultades que se ejercen por la CMT como entidad encargada de ejercer las facultades y prerrogativas de la Administración General del Estado a la hora interpretar las cláusulas de competencia de los títulos habilitantes (art. 1 Dos. 2. f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones).

### **II.4.- CUESTIONES DE FONDO ALEGADAS POR LAS PARTES DURANTE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA**

Una vez expuesta la habilitación competencial de esta Comisión, así como la descripción de la estructura del mercado y las valoraciones de esta Comisión respecto de las cláusulas controvertidas, a continuación se exponen y contestan las cuestiones de fondo alegadas por las partes durante el trámite de audiencia:

#### **II.4.1.- Sobre la falta de competencias de la CMT en relación con esta materia**

RETEVISIÓN I, en su escrito de trámite de audiencia, expresa sus dudas respecto a la falta de capacidad de la CMT para intervenir e instar a las partes firmantes la modificación los contratos analizados basándose exclusivamente en consideraciones de Derecho de la Competencia. En este sentido, sugiere que concurre una extralimitación de las facultades de la CMT contenidas en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Pues bien, la indicación de determinada doctrina y jurisprudencia comunitarias no tiene por finalidad ampararse en el derecho “ex post” de ámbito comunitario para soportar la legitimidad de la presente resolución que, obviamente, se incardina en una actuación ex ante (la fecha de activación de las citadas cláusulas es una fecha aún por llegar).

Esta Comisión no necesita más legitimación que la que deriva del propio cuerpo legislativo del que emanan sus poderes de actuación en este y otros mercados, sin que su función finalista sea distinta de la de otros órganos o organismos encargados de velar por la efectiva competencia, eso si, sin perjuicio de que el marco legal y momentos de intervención de unos y otros, sean distintos, así como el marco normativo procedimental del que se les haya dotado para alcanzar el fin para el que fueron creados.

Respecto de la posible extralimitación de las funciones otorgadas por la Ley 12/1997, no cabe sino incidir nuevamente en la argumentación esgrimida por la CMT en anteriores ocasiones: antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 52/1999), el caso más conspicuo en el que esta Comisión analizó esta cuestión fue en la resolución de 2 de diciembre de 1999 relativa a determinadas prácticas de TELEFÓNICA respecto de los servicios de Infovía e Infovía Plus.

TELEFÓNICA estimaba entonces, igual que ahora lo hace RETEVISIÓN I, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997 permitía a la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CMT dictar resoluciones a la luz del Derecho de la Competencia, dado que la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la competencia, por lo que el papel de la CMT se limita a remitir los asuntos de que conozca en los que se identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia.

Estos mismos argumentos se aducen en el presente expediente para razonar la incompetencia de la CMT en esta materia. Además, RETEVISIÓN I alega que la Ley 52/1999 produjo un desapoderamiento de las competencias antes atribuidas a la CMT en relación con la aplicación del principio de libre competencia a las telecomunicaciones.

Pues bien, ya en aquella ocasión se recordaba que la CMT se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones que la constituye, cual es 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. Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar ciertos mercados. En este sentido, se dotó a la CMT de las funciones necesarias para alcanzar el fin y objeto de su existencia: la salvaguardia de la competencia. Por ello, las funciones de la CMT no son compartimentos estancos, sino que todas ellas se encaminan a propiciar la salvaguardia de la libre competencia en el mercado, otorgando asimismo los correspondientes resortes a este órgano regulador.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia. Sin embargo, ello no supone que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se les prive o menoscabe de funciones. Al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio.

Admitido pues que la CMT es un órgano de salvaguardia de la competencia, es legítimo plantear cuáles son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia. En la interpretación que ahora se desarrollará pueden coexistir ambos organismos, desarrollando sus funciones sin riesgo de conflicto, dado que la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente.

En este sentido, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición dominante. Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la CMT.

Cabe añadir que este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que, en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso. Esta forma de actuar no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, normalmente mediante la imposición de multas o penas pecuniarias.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados. Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de RETEVISIÓN I, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la LGT.

En su día, esta disposición fue interpretada como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT. La redacción de esa disposición adicional es la siguiente —bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”—:

“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”.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita los distintos campos de actuación de uno y otro órganos.

En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, in fine, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto, obviamente de una posible sanción de este organismo, sin que ello le impida imponer obligaciones de hacer o no hacer.

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT. De ahí el sentido de la expresión "...cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...". Así, la CMT, que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores, se encuentra en la situación más idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones. Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. Lo que plantea RETEVISIÓN I es una interpretación irrazonable, por cuanto no responde a una filosofía de coordinación de ambos organismos, con mantenimiento de las funciones de uno y otro, sino a la supresión de la competencia que tiene reconocida explícitamente uno de ellos. De ahí que tenga sentido la previsión que contiene in fine la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce "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". Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT, no tendría sentido aprobar una redacción como la que se está comentando.

Queda por clarificar la modificación introducida por la disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC que da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997. Dicho precepto queda redactado de la forma siguiente:

"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 estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones<sup>7</sup>:

---

<sup>7</sup> 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



## COMISION 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.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas son "para salvaguardar la libre competencia". Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.

Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

Se introduce una función consistente en poner 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 de Defensa de la Competencia.

Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

---

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

La supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1 Dos 1. de la Ley 12/1997. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguardia de la libre competencia.

La introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, no puede hablarse en rigor de una modificación de la función reconocida en la letra f) del artículo 1.Dos. 2, sino de un retoque de la misma, cohonestando su redacción con la modificación producida de hecho, aunque no formalmente, con ocasión de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones. De este modo, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto.

Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguardia de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Por lo demás, no habría de considerarse el artículo 51.bis de la LDC como un límite a la posibilidad de actuación de esta Comisión en materia de defensa de la competencia. De conformidad con este artículo, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos regulados en la LDC en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, tal y como se ha expuesto.

El análisis de un asunto a la luz de derecho de la competencia, constituiría por lo tanto un supuesto de ejercicio legítimo de competencias hasta cierto punto concurrentes con las de otros órganos administrativos.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 CMT 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.<sup>8</sup>

Por otra parte, la misma Audiencia Nacional, mediante sentencia de 17 de octubre de 2000, tuvo la ocasión de pronunciarse ante la 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 cohonesta 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, es forzoso 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

---

<sup>8</sup> 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.

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, 98, C 265/02, de 22 de agosto)"

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."

Como consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que la CMT es plenamente competente, en virtud de las competencias a ella atribuidas por el artículo 1.Dos, apartados 1 y 2, de la Ley 12/1997, para analizar una conducta y resolver un procedimiento de conformidad con el Derecho de la Competencia.

### **II.4.2.- Sobre las condiciones estructurales del mercado**

Por una parte, RETEVISIÓN I alega que la valoración contenida en el informe correspondiente al trámite de audiencia debería matizarse respecto de algunas de las barreras de entrada descritas. Así, respecto del "factor tiempo", indica que los servicios contratados por los difusores se hacen por un periodo de 5 años y no de 10 como correspondería a la duración de los contratos concesionales de los difusores.

A este respecto, cabe decir que, efectivamente, siendo ésta una de las características existentes en otros Estados miembros de la UE, en el caso particular que nos ocupa aquí los periodos contratados no abarcan al totalidad del periodo concesional —el cual es igual en relación con las emisiones analógicas y las digitales, por tratarse ambos de derechos derivados de un mismo contrato concesional—.

En todo caso, esta Comisión considera que la cláusula de duración y la cláusula de extensión de cobertura del contrato, en combinación con la propia cláusula de tanteo —cuya aplicación, en último término, queda en manos de la voluntad de RETEVISIÓN I— permite a ésta entidad, desde el momento en el que se firmaron tales contratos,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proyectar su relación con los concesionarios hasta la extinción de sus concesiones actuales.

En definitiva, pareciera producirse una situación caracterizada por la fidelización y el control de precios, que se extendería desde la fecha de la firma de los contratos — inmediatamente después de la liberalización, es decir sin solución de continuidad—. De este modo, se estarían de facto proyectando condiciones cuasi-monopolísticas dentro del nuevo escenario liberalizado.

En cuanto a las alegaciones formuladas por RETEVISIÓN I en relación con la inexistencia de ofertas de redes alternativas a la suya, resulta oportuno indicar que este operador elude la mención a una de las más importantes barreras de entrada a este mercado de transporte y difusión de señales de televisión, a saber, las obligaciones de extensión de cobertura de población en el grado comprometido en el contrato concesional —que constituye una obligación de servicio público.

Esta obligación, en el corto plazo, y aún disponiendo de habilitación jurídica para prestar servicios portadores, sólo se puede conseguir mediante acuerdos para el acceso al último tramo de red, dado que la orientación de las antenas receptoras de señales de televisión terrestre se corresponde con las necesarias para la recepción de las señales radioeléctricas emitidas por las estaciones emisoras —cuestión ésta sobre la que esta Comisión ha intervenido recientemente—. Cabe sostener, por tanto, que el factor tiempo constituye una considerable barrera de entrada que puede volver a ser patente en futuras necesidades de servicios portadores.

### **II.4.3.- Sobre la posición negociadora de las partes**

Con relación a este extremo, RETEVISIÓN I alega que la bajada de precios no corresponde al descuento de la futura presión competitiva de operadores de red alternativos, y que el efecto buscado por la competencia ya se ha materializado mediante dicha reducción de precios.

En este sentido, esta Comisión no está de acuerdo en la percepción que tiene RETEVISIÓN I de lo que representa la competencia. De ser ésta, tal como sostiene RETEVISIÓN I, un vehículo sólo para reducir precios a corto plazo, no sería necesario, como de hecho se plasma en las normas que la defienden, proteger la pluralidad de ofertas, es decir, la pluralidad de operadores prestando servicios sustitutivos como medio para lograr la reducción de precios de forma sostenible a largo plazo.

Por otro lado, respecto de lo alegado por SOGECABLE en su escrito en relación con esta materia y aún cuando existe cierta identidad de fondo con las alegaciones planteadas por el resto de difusores, sí resulta oportuno hacer mención sobre aquellas alegaciones que resultan más específicas. En concreto, acerca de su calificación del servicio portador como un monopolio natural, así como sobre su posición negociadora en los acuerdos analizados frente a la de RETEVISIÓN I.

Respecto de esto último, SOGECABLE niega tener la posición negociadora que esta Comisión le atribuye en la conclusión de los acuerdos analizados. Al respecto cabe



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decir que la posición negociadora de SOGECABLE en la conclusión de los acuerdos analizados no difiere de la del resto de difusores.

Efectivamente, su perfil como demanda de servicios portadores es, en términos de sustituibilidad, de igual naturaleza que la del resto de difusores. Cuestión distinta de ello es que ese *input* necesario para su actividad lo requiera para competir en un mercado descendente distinto al del resto de difusores —cual es la televisión en abierto—, pero su necesidad de servicios portadores es exactamente la misma.<sup>9</sup>

A mayor abundamiento, merece la pena señalar que la negociación de los acuerdos analizados, como se desprende de la fecha, exposición de motivos y articulado, indican, sin lugar a dudas, que ha sido realizada por los difusores bajo una única posición negociadora —aun cuando los precios obtenidos varíen según el tipo de servicios contratados—, por lo que el informe de esta Comisión ha dado igual tratamiento a toda la demanda en cuanto a su necesidad de servicios portadores, con independencia de cuál sea el mercado descendente concreto en el que compitan.

Lo anterior resulta coherente, en la medida en que el *input* requerido por la demanda es exactamente el mismo desde el punto de vista de que sin red no hay servicio público esencial de televisión. Pero no es menos cierto que sin difusor no existiría actividad para el operador de red establecido, por lo que no es de recibo atribuir un poder de negociación desproporcionadamente elevado al operador de red alegando que es un único operador oferente frente a una multiplicidad de agentes demandantes. De hecho, la misma argumentación podría ofrecerla RETEVISIÓN I, puesto que sin la demanda dada no podría prestar el servicio. En definitiva, en la negociación la posición de todas las partes pareciera responder a una mutua necesidad de cumplir con sus respectivas obligaciones de servicio público.

Sin duda, estamos ante una realidad negociadora peculiar, en especial a raíz de la propia naturaleza del servicio de televisión terrestre. Esta realidad merece especial atención en los dos ámbitos regulatorios que cubren la actividad, a saber, de un lado la obligación de servicio público de cubrir con sus emisiones la cobertura geográfica comprometida por los difusores en sus títulos habilitantes, y de otro, la obligación de servicio público impuesta por la disposición transitoria cuarta de la Orden del Espectro, que le encomienda a este operador atender las solicitudes relativas a servicios de red y coberturas que formalmente le soliciten los concesionarios de radiodifusión televisiva.

Por otro lado, difícilmente puede aceptarse la calificación genérica que se hace de este servicio de red como un servicio en monopolio natural. Esto es así porque, al margen de la dificultad que este concepto encuentra en la misma teoría económica, la efectiva creación de nuevos operadores de red en distintas zonas geográficas de España basta para ponerlo en entredicho<sup>10</sup>.

### **II.4.4.- Sobre las cláusulas consideradas como anticompetitivas**

<sup>9</sup> La única diferencia posible sería la contratación o no de servicios de red regionalizados que incrementan, obviamente, el precio del servicio prestado.

<sup>10</sup> Red de Banda Ancha de Andalucía, SA, Difusió Digital, Societat de telecomunicacions, SA, entre otras.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este apartado, se expone y da cumplida respuesta de forma conjunta a lo alegado por las partes dado que persiguen y se sostienen sobre la base de similares puntos de vista argumentales.

En relación con los comentarios realizados por las partes respecto de cuales son las intenciones que guiaron su ánimo de contratación, cabe recordar que la acción de esta Comisión en el presente procedimiento tiene lugar por entender que, con la redacción actual de los contratos analizados, no se sientan las bases estructurales más adecuadas para el nuevo entorno liberalizado, ya que las citadas cláusulas introducen un obstáculo para la espontánea evolución del mercado de servicios de transporte y difusión de señales de televisión terrestre en libre competencia. En realidad, sería suficiente con que este supuesto tuviera visos de ocurrir para que tales cláusulas pudieran ser calificadas de restrictivas de la competencia.

Por lo anterior, no puede aceptarse como válidas las alegaciones de TELECINCO Y ANTENA 3TV, que pretenden justificar el ánimo que les llevó a incluir la cláusula de tanteo como un mal menor, a saber, la obtención del descuento del 30% mencionado en el informe elaborado para el trámite de audiencia. Y ello en la medida en que lo que es un mal menor para los difusores es considerado por esta Comisión como un serio obstáculo para la inversión que requiere el mercado de operadores de red de TDT. Cabe sostener, por tanto, su calificación como obstáculos para el aún naciente mercado de servicios de red para TDT.

No está en el ánimo de esta Comisión, como sostienen varios de los escritos de alegaciones, atribuir mala fe a cualquiera de las partes. Sin embargo, aún cuando no se aprecie la concurrencia de voluntades en ese sentido, no pueden desconocerse los efectos que la activación del mecanismo descrito en las citadas cláusulas generaría en este mercado<sup>11</sup>.

En efecto, el potencial de tales cláusulas contractuales como obstáculo al desarrollo del mercado de redes de TDT en libre competencia, sea o no la voluntad de los firmantes de los contratos analizados, es causa suficiente para instar su modificación o anulación. Y ello porque no es cuestión de buenas o malas voluntades, sino de tutelar que un mercado recién liberalizado —como es el de operadores de red de TDT y prestador del servicio soporte del servicio de difusión de televisión— tienda a estructurarse en sus primeras fases de constitución de modo que no se cierren las puertas a las necesarias inversiones y entrada de operadores alternativos al establecido.

En definitiva, lo que se pretende es tutelar, en beneficio de los propios difusores, y en definitiva, de los consumidores, la creación de ofertas alternativas que permitan garantizar a las partes interesadas en este procedimiento y aquellos otros difusores de cualquier ámbito geográfico, que exista una efectiva presión competitiva en el transporte de señales digitales de TDT— que puede provenir inclusive de la mano de

---

<sup>11</sup> Se refiere a los efectos identificados en el informe del trámite de audiencia: fidelización de clientes, flujo de información entre sólo una parte de operadores en el mercado, control conjunto de los precios del mercado y desincentivo a la entrada efectiva de nuevos operadores de red.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los propios difusores, que cuentan con la posibilidad de llevar a cabo la autoprestación de este servicio, lo que constituye una amenaza de integración hacia delante que aumenta todavía más su poder negociador—.

Por otro lado, atendiendo al escrito presentado por ANTENA 3 TV en el cual expresa la falta de información ofrecida por RETEVISIÓN I sobre los componentes que integran el precio ofertado, cabe decir que, aun cuando supera el objeto del presente procedimiento, todo apunta a una pérdida de claridad frente a la situación previa a la liberalización del mercado, en lo relativo a los componentes que integran el precio ofertado, pero no se puede aceptar que, amparándose en ello, se justifique la necesidad de las cláusulas de mejor cliente.

En consecuencia, puede afirmarse que la citada cláusula resulta discrecional de cara a su eventual activación, dado que, como se expone a continuación, el término utilizado “servicios equivalentes” no está suficientemente claro en cuanto a los supuestos que ampararía su puesta en actividad.

Efectivamente, en principio no existen ni existirán, salvo derogación del actual régimen jurídico aplicable, “servicios equivalentes” a los actualmente prestados por las partes firmantes, y ello porque las emisiones digitales cuyo transporte se contrata —tal y como se indica en los propios contratos, en su exposición IV y V— son las correspondientes a los derechos de emisión en *simulcast* a los que alude la Disposición adicional primera, primer punto, del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal. De ahí que, salvo error en la apreciación de los derechos que representen sus títulos, la citada cláusula no podrá activarse nunca, por no existir actualmente en España concesionarios gestores de servicios análogos a los contenidos en sus títulos habilitantes.

Por otro lado, con relación a lo alegado por SOGECABLE en el sentido de que la cláusula 3.3.9 no supone un control de los precios del mercado “porque la estrategia de la libre oferta y demanda ha operado una disminución en los precios de manera no discriminatoria sin crear desventajas competitivas para ningún miembro de la demanda”, cumple decir que si esta Comisión diese por validas las valoraciones contenidas en su alegación segunda, resultaría difícil entender cómo RETEVISIÓN I podría calificar la oferta alternativa presentada por el difusor como “objetivamente sostenible” si no es a través de su contraste con su propia estructura de costes. Esto supone de facto, un control de los precios, instrumentado a través de la información que recibiría sobre los precios ofertados por sus competidores. Es esta una situación que, por las razones apuntadas, no puede ser admitida desde el punto de vista de la defensa de la competencia en este mercado.

Igualmente, en dicha alegación, SOGECABLE sostiene que tampoco puede calificarse como un cláusula cuya “aplicación va sometida a condiciones restrictivas”, siendo este un requisito exigido por la doctrina y jurisprudencia para calificar este tipo de cláusulas como una “cláusula inglesa” anticompetitiva.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto cabe señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia citadas anteriormente, se han hecho con la idea de indicar a las partes la variedad de situaciones de mercado en las que la citada cláusula puede tener efectos restrictivos —en contextos tanto del art. 81 como del 82 TCE—, de modo que las partes en el presente procedimiento, puedan observar como, aun siendo variados los mercados en lo que se han analizado cláusulas similares a las aquí tratadas, todas tienen un común denominador, a saber, la fidelización de la clientela y la expulsión de potenciales competidores, en este caso de red.

En relación con la redacción actual de la Cláusula de Cliente de Primera Categoría, SOGECABLE, al igual que TELECINCO Y ANTENA 3 TV, aducen en similares términos la necesidad de su mantenimiento negando la conveniencia de su anulación o modificación. Las argumentaciones que sostienen pueden ser resumidas en que ninguno de ellos aprecia en la citada cláusula los efectos posibles que se apuntan en el informe del trámite de audiencia. Lo afirman, bien porque entienden que constituye una cláusula común en contratos de cierta entidad económica como es el que nos ocupa, o bien porque entienden que es una cautela para evitar, dada la falta de información ofrecida por RETEVISIÓN I sobre los precios, una discriminación frente a otros difusores.

En este punto, esta Comisión debe de nuevo rechazar lo alegado por las partes, y sostener la necesidad de su modificación o anulación en razón de la discrecionalidad a la hora de su interpretación y consiguiente aplicación. Y esto es así porque, reiterando lo sostenido en párrafos precedentes, la citada cláusula de Cliente de Primera Categoría, al implicar el deber de cesión de información por parte de RETEVISIÓN I a los difusores firmantes de los contratos sobre condiciones de contratación de terceros, puede suponer una vulneración del secreto comercial de terceros difusores, además de ofrecer a los difusores firmantes de los contratos la posibilidad de conocer las estrategias de despliegue de sus eventuales competidores.

En razón de ello, se puede sostener que ésta cláusula introduce serios riesgos para el equilibrio contractual de las partes firmantes, así como para el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado.

Y ello se afirma porque la aplicación del principio de no discriminación en el trato comercial que RETEVISIÓN I debe ofrecer a los radiodifusores con los que contrate es una obligación expresamente contenida en su propio título habilitante, así como en la normativa específica vigente acerca del servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión. Por consiguiente, la citada cláusula no aporta ningún factor de protección o tutela adicional del que ya se deriva del enunciado del propio principio de no discriminación, desde el momento en que dicho principio resultaría aplicable si RETEVISION I tuviera como clientes a radiodifusores a los que prestara todos o parte de los servicios que son objeto del contrato analizado con condiciones más ventajosas que las actualmente ofrecidas a ANTENA 3, TELECINCO y SOGECABLE.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente a ello, lo que introduce factores distorsionantes de la competencia es el mecanismo de intercambio de información entre las partes derivado de la operativa específica que caracteriza a la cláusula de Cliente de Primera Categoría. Como se ha señalado en párrafos anteriores, en virtud de dicho flujo de información, los difusores firmantes de los contratos conocerían no solo los precios que RETEVISIÓN I pretendiera aplicar a otros difusores competidores de ellos, sino también las estrategias de implantación de estos eventuales competidores, lo que actuaría a favor de los establecidos otorgándoles una ventaja frente a los nuevos entrantes.

Como apunte final, y al hilo de la cita que SOGECABLE realiza sobre el caso Hoffman-La Roche, y su relación con el concepto de discriminación prohibida en derecho de la competencia, cabe decir que, efectivamente, la aplicación de condiciones desiguales a situaciones equivalentes, viene sancionado como anticompetitivo por el citado caso, entre otros muchos.

### **II.5.- Consideraciones finales**

Dadas las características de la regulación del sector audiovisual actualmente vigente en España, resulta muy difícil prever con las normas técnicas hoy en vigor y aplicables a la TDT cuales serán las posibilidades reales para competir con el operador establecido de ámbito nacional en servicios de red digital, ya sean por potenciales operadores de red digital de ámbito nacional, autonómicos o regional/locales.

Pero si a lo anterior se le añade otro obstáculo, como es el derecho de tanteo, resultará a todas luces muy difícil invertir en servicios de red digital alternativos, al margen de cual sea el ámbito geográfico deseado. A este respecto cabe recordar que lo que pretende tutelar esta Comisión es la creación y mantenimiento de un mercado abierto, al margen de si los potenciales inversores eligen uno u otro momento para entrar en él, centrándose así en velar porque esa posibilidad no sólo sea una posibilidad jurídica, sino que tenga plasmación real y efectiva en las condiciones del mercado.

No debe desconocerse que las redes de TDT disponibles en el momento presente se limitan a las visadas por la Inspección de Telecomunicaciones: en el ámbito de cobertura geográfica nacional, a la propia red de frecuencias únicas de RETEVISIÓN I<sup>12</sup>, y la pendiente de visado, denominada red global nacional (RGN)<sup>13</sup>.

Siendo éste el estado de despliegue de las infraestructuras de transmisión digital terrestre nacional, los contratos analizados reflejan, en términos técnicos, la contratación de los servicios de red digital (RGN) para la emisión en simulcast de un solo programa de televisión cada uno, por lo que difícilmente se constituirá, en el plazo que resta para la posible activación de las cláusulas, operadores de red que presten

---

<sup>12</sup> Canales radioeléctricos 66 a 69 utilizadas hasta hace poco por Quiero TV, y en uso por Veo Net TV.

<sup>13</sup> Correspondiente a los canales de frecuencia única provinciales 57 a 65 todavía sin posibilidades para desconexiones territoriales, utilizadas para difundir las señales en simulcast de RTVE, ANTENA 3TV, Gestevisión Telecinco y Sogecable (Canal Plus terrestre)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios equivalentes en la medida en que sus actuales derechos de emisión digital son derechos *sui generis* (por el *simulcast*), sin que exista ningún otro concesionario de servicios de televisión digital de igual ámbito geográfico y cobertura que puedan considerarse equivalentes.

En este sentido, la falta de realismo y riesgo de las cláusulas controvertidas en el sentido comentado en párrafos anteriores, recomienda su modificación o anulación.

Por todo lo anterior, vistos los citados antecedentes, alegaciones de las partes y razonamientos jurídicos expuestos, esta Comisión,

### RESUELVE

**Único.-** Instar a las partes firmantes de los contratos de fecha 1 de febrero de 2001 a que supriman las cláusulas 3.3.9 y duodécima de los citados contratos. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la capacidad de las partes de negociar nuevas cláusulas en las que no concurran efectos potencialmente anticompetitivos, en cuyo caso, deberán ponerlas en conocimiento de esta Comisión.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, 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.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

**Vº.Bº. EL PRESIDENTE,**

**EL SECRETARIO,**

José María Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes