



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 nº 05/04, celebrada el día 5 de febrero de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2003/813** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA DESARROLLO DEL CABLE, S.A. EN RELACION CON LA IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ABUSIVAS PARA EL ACCESO A LA RED DE DESARROLLO DEL CABLE, S.A.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- D. Javier Gerbolés de Gáldiz, en nombre y representación de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante AUNA), mediante escrito fechado el día 30 de abril de 2003, se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones formulando denuncia contra DESARROLLO DEL CABLE, S.A. (en adelante DCSA) por la imposición de condiciones abusivas para el acceso a su red.

Según manifiesta AUNA, con fecha 15 de julio de 1998, RETEVISION, S.A. y DCSA firmaron un contrato de arrendamiento de infraestructuras para telecomunicaciones y servicios de mantenimiento. Como consecuencia del referido contrato, DCSA arrendaba a RETEVISIÓN, S.A. determinados tramos de fibra oscura, estableciéndose la duración del arrendamiento en 30 años. Mediante la escisión por aportación de rama de actividad a RETEVISION I, S.A., le fue cedido el mencionado contrato por parte de RETEVISION, S.A., para posteriormente hacerlo a favor de AUNA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 19 de diciembre de 2002, AUNA se dirigió a GAS NATURAL, DSG. S.A. (empresa matriz de DCSA, en lo sucesivo GAS NATURAL) solicitando el *“inicio de conversaciones con el fin de renegociar las condiciones del citado contrato”*. AUNA manifiesta en su escrito que *“los términos establecidos en el referido contrato, el cual tiene una duración de 30 años, no responden a las circunstancias de un mercado en constante cambio, en el que existen multitud de competidores y que obliga a las empresas a adaptarse constantemente para no desaparecer, haciendo imposible la continuidad del referido contrato en las condiciones pactadas, para un periodo de 30 años.”*

En un nuevo escrito dirigido a GAS NATURAL, fechado el día 10 de febrero de 2003, AUNA alude al *“evidente desfase entre los precios aplicados por GAS NATURAL en el mencionado contrato por el arrendamiento de fibra oscura, respecto de los precios que a esta fecha se están ofreciendo en el mercado, que los mejoran en ocasiones en más de un 40% para prestaciones similares.”* En el referido escrito señala que *“el uso que venimos haciendo de la planta que tenemos arrendada con su Empresa es inferior al 50% de las fibras contratadas.”*

GAS NATURAL, por su parte, en escrito de fecha 19 de febrero de 2003, alega que *“DCSA no tiene ningún indicio de que a nivel general se haya producido un descenso de los precios de arrendamiento de infraestructuras de troncal de fibra óptica, ni en base a la documentación aportada por sus colaboradores, ni por la información obtenida por nuestros asesores. Sin embargo, por nuestra parte si hemos realizado elevadas inversiones, en muchos casos específicas para su empresa, con una perspectiva de rentabilidad que no puede ser sesgada sin argumentos convincentes”*

El 14 de marzo de 2003, AUNA, remitió a DCSA propuesta concreta donde, según manifiesta AUNA *“tras describir las condiciones contractuales actuales, propone principalmente, limitar la duración del contrato a 15 años y reducir el precio del mismo de manera sustancial, para adaptarlo a las condiciones del mercado”*.

Con fecha 26 de marzo, AUNA solicitó a GAS NATURAL la celebración de una nueva reunión. Al día siguiente, en contestación a la propuesta realizada el 14 de marzo por AUNA, GAS NATURAL comunicó a AUNA que *“a nuestro entender no se ha justificado en ningún momento por parte de Auna la existencia de una alteración sustancial, sobrevenida e imprevista de las circunstancias existentes al momento en que las partes firmaron el mencionado contrato y Adendas correspondientes de las circunstancias actuales, que justifique o razone la necesidad de proceder a introducir modificaciones sobre este documento contractual.”* DCSA estima que *“la propuesta formulada por ustedes, se aleja en gran medida de las condiciones actuales del mercado, de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones, pudiendo conllevar dichas modificaciones, en caso de que hipotéticamente fueran aceptadas, para Desarrollo del Cable un desequilibrio contractual insostenible a muy corto plazo. Es por todo lo anterior por lo que les exigimos el exacto e integro cumplimiento de las obligaciones que corresponden a Auna, conforme a las estipulaciones contenidas en el mencionado contrato.”

No habiendo alcanzado un acuerdo para la modificación y adaptación de las condiciones contractuales, AUNA interpone escrito de denuncia, solicitando la intervención de esta Comisión, concretando su solicitud en los siguientes extremos:

1. *“Verificar la sujeción de las tarifas impuestas por DCSA al principio de transparencia.*
2. *Obligar a DCSA a revisar a la baja el precio por el acceso a su red, a fin de que se adapte al precio de mercado actual o, en su caso, establecer directamente por la Comisión el precio a pagar por mi representada por el contrato cuestionado en el presente escrito.*
3. *Establecer una cláusula de revisión de precios que permita que el precio disminuya durante la vigencia del contrato.*
4. *Permitir a mi representada la devolución a DCSA de aquella parte de las fibras ópticas arrendadas y no utilizadas, sin coste alguno, en virtud del principio de adaptabilidad.*
5. *Limitar el plazo de duración del contrato.*
6. *Establecer la aplicabilidad de las modificaciones que en su caso se acuerden respecto del precio y contenido del contrato, desde la fecha de inicio de las negociaciones entre las partes, esto es, el 19 de diciembre de 2002, regularizándose a dicha fecha los pagos que procedan.”*
7. *“...acuerde la adopción de medidas provisionales consistentes en la suspensión de los pagos a DCSA por parte de mi representada, o, subsidiariamente, acuerde provisionalmente la suspensión parcial de los pagos a DCSA, manteniéndose únicamente los pagos correspondientes a las cantidades resultantes de la aplicación de las condiciones económicas propuestas por AUNA en su carta de fecha 14 de marzo de 2003, incluida en el Anexo V, en tanto en cuanto no sea resuelta la cuestión principal, habida cuenta del perjuicio irreparable que está ocasionando a esta parte el hacer frente a los pagos mensuales establecidos por ese contrato.”*

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada por AUNA, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la legislación sectorial de aplicación, y con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho trámite fue comunicado a los interesados, AUNA y DCSA, mediante escritos fechados el día 21 de mayo de 2003, en los que se les informaba de que, en virtud de la denuncia presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Con fecha 10 de julio de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por DCSA, en el que manifestaba que, el día 16 de abril de 1998, AUNA y DCSA suscribieron un acuerdo preliminar en virtud del cual las partes se comprometían a concretar las condiciones de arrendamiento de infraestructuras para telecomunicaciones, sobre los principios generales expuestos en el referido acuerdo preliminar, en el plazo máximo de un mes. Dicho Acuerdo Preliminar fue prorrogado en dos ocasiones, en fechas 13 de mayo y 10 de junio respectivamente, manteniéndose en todas estas prórrogas las condiciones tanto económicas como de duración recogidas en el Acuerdo Preliminar. Con fecha 15 de julio de 1998, se formalizó el Contrato de arrendamiento de infraestructuras para telecomunicaciones y servicios de mantenimiento.

DCSA manifiesta en su escrito que *“al momento de la negociación del Contrato, RETEVISION estando sometido a sus planes agresivos de inversión que anteriormente han sido comentados, solicitó a DESARROLLO DEL CABLE una disponibilidad urgente de red de fibra óptica para poder alcanzar sus intereses en un corto plazo, asimismo recalcó reiteradas veces la necesidad de constituir un contrato que vinculara a ambas empresas por un periodo largo de duración ya que con este objetivo podría asegurarse el disfrute de la red en una situación de ventaja a largo plazo respecto a sus nuevos competidores que iniciaban su actividad en diciembre de 1998. Ante estos requerimientos, ambas partes fijaron de común acuerdo el plazo de duración de treinta años del Contrato.”*

Asimismo, aduce que, a solicitud expresa de RETEVISION, con fecha 22 de diciembre de 1999 *“el alcance del Contrato fue modificado en cuanto a las rutas que lo constituían, manteniéndose el volumen de fibras y longitud unitaria inicialmente contratada, resultando una longitud de 1.942 kilómetros para una media de 6 fibras (tramos de 4, 6 u 8 fibras)”*

DCSA añade que *“con fecha 15 de marzo de 2002 el Contrato fue ampliado a solicitud de RETEVISION para realizar una interconexión entre redes de Endesa e Iberdrola, quedando, por lo tanto, en la actualidad el volumen total de kilómetros de red arrendada a AUNA es de 2.113 kilómetros, con 6 fibras de media”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de las alegaciones de AUNA, DCSA manifiesta que *“sorprende extremadamente a esta parte que AUNA en su escrito de fecha 30 de abril de 2003, acuse intencionadamente a DESARROLLO DEL CABLE, entre otras, de imposición de condiciones contractuales abusivas cuando tanto por medio de los acuerdos Preliminares, como por las Adendas posteriores de ampliación del Contrato, se desprende claramente que hasta el pasado día 15 de marzo de 2002 AUNA no solo se encontraba dispuesta a continuar las relaciones contractuales con DESARROLLO DEL CABLE, sino que además se encontraba muy interesada en solicitar ampliaciones sobre el alcance de dichas relaciones, tampoco AUNA ha solicitado modificación alguna del Contrato durante toda la vida del mismo, a la luz, de esos supuestos incumplimientos graves de DESARROLLO DEL CABLE por imposición de condiciones abusivas”*.

DCSA solicita se desestime todas y cada una de las pretensiones solicitadas por AUNA en su escrito de denuncia.

Cuarto.- Con fecha 17 de junio de 2003, se remitió a DCSA requerimiento de información con el fin de que facilitara información en relación con las cinco mayores entidades a las que DCSA tuviera arrendadas, cedidas o facilitadas por cualquier título fibras ópticas de la red de cable de la que es titular.

Con fecha 7 de julio de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión contestación al requerimiento efectuado, aportando DCSA la información solicitada.

Quinto.- Una vez instruido el presente procedimiento, con fecha 11 de septiembre, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, dentro del cual los servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del conflicto, proponiendo la desestimación de la solicitud de intervención de AUNA, otorgando un plazo de 10 días a las partes a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Sexto.- Con fecha 3 de octubre de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por AUNA, en el que entre otras cuestiones, delimitaba el objeto del presente conflicto, modificando en determinados aspectos el sentido de las manifestaciones realizadas en su escrito de fecha 30 de abril.

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene como objeto el análisis del conflicto surgido entre AUNA y DCSA en relación con las condiciones de acceso al servicio de arrendamiento de fibra oscura que DCSA presta a AUNA, que se recogen en el acuerdo de 15 de julio de 1998 suscrito entre las partes. AUNA pretende flexibilizar las condiciones del mismo, en particular, las relativas a precios, duración del contrato, número de fibras arrendadas y la imposibilidad de rescisión parcial del contrato.

La solicitante alega que las condiciones del acuerdo de 15 de julio de 1998 no resultan adecuadas a la actualidad del mercado y, por ello y por la situación de dependencia en la que se encuentra AUNA respecto de DCSA, entiende que las mismas llegan a resultar abusivas.

AUNA señala, en su escrito de 3 de octubre, que *“uno de los puntos sobre los que no hay acuerdo entre las partes implicadas en este expediente y que, de hecho, es la razón de la interposición de la denuncia de referencia, es la necesidad y procedencia de adaptación de las condiciones del contrato suscrito entre DCSA y AUNA el 15 de julio de 1998 a fin de introducir flexibilidad en el mismo”*

II.2 Habilitación competencial de la CMT para intervenir en el presente procedimiento.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

La LGTel, en su artículo 11 apartado 4, establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.” En este sentido, el artículo 3 letra a) señala como objetivo, fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”*

A la luz de lo anterior, la habilitación para intervenir en el presente caso deriva de la competencia atribuida a esta Comisión de garantizar la adecuación del acceso con el objetivo de fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, constituyendo un conflicto de acceso sometido a lo dispuesto en los artículos 11 y 14 de la LGTel.

II.3. En relación con el fondo del asunto.

AUNA basa su pretensión de modificación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de las condiciones de su contrato con DCSA en los siguientes motivos, expuestos de manera un tanto confusa en sus escritos de denuncia y alegaciones:

AUNA considera que la intervención de la Comisión se hace precisa, en primer lugar, por ser las condiciones aplicadas contrarias a la libre competencia. En segundo lugar, las condiciones pactadas serían contrarias a las obligaciones de servicio público que recaen sobre DCSA en tanto que operador de telecomunicaciones. Por último, alega AUNA que se ha producido una variación de las condiciones del contrato como consecuencia de circunstancias sobrevenidas que justifican su modificación y flexibilización.

Primero.- Análisis de las cuestiones planteadas desde el punto de vista de libre competencia.

AUNA justifica la intervención de la Comisión, en primer lugar, en que el precio y la duración del contrato pactados en su día resultan excesivos. La negativa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de DCSA de modificar estas condiciones es abusiva, toda vez que la fibra oscura contratada constituye una instalación esencial para la prestación de sus servicios de telecomunicaciones.

Respecto de estas alegaciones, es necesario precisar que, si bien es cierto que la imposición de determinadas condiciones en un contrato puede entenderse equivalente a una negativa de acceso contraria a la libre competencia, tal y como argumenta AUNA, para que pudiera ser calificada la actuación de DCSA como tal, habría de reunir toda una serie de condiciones que a continuación se analizan:

En primer lugar, debe existir una empresa con posición de dominio, posición ésta que le permita imponer condiciones abusivas a los terceros con los que contrate.

Además, al referirse el supuesto abuso en las condiciones de contratación de una instalación que se califica por AUNA de esencial, se han de analizar si efectivamente la fibra oscura contratada por AUNA a DCSA reúne las condiciones elaboradas por la doctrina de la Comisión Europea, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia comunitaria.

a) Inexistencia de una Posición de dominio

En relación con la primera cuestión, para que exista un abuso en términos de derecho de la competencia, éste debe predicarse de una empresa en posición de dominio. Se entiende por posición dominante una *“posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, posibilitándole comportarse, en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores”*.¹

Pues bien, es evidente que DCSA no es en la actualidad, ni era en el momento de la firma del contrato, dominante en el mercado relevante, que en este caso sería el mercado mayorista de capacidad de transmisión, es decir, de los servicios necesarios para configurar la red de transporte de un operador de telecomunicaciones.

En este mercado estarían presentes tanto los proveedores de fibra oscura, entre los que se encontraba y se encuentra DCSA, como los de circuitos alquilados o de sistemas similares tipo ATM o IP utilizados para la transmisión transparente, puesto que unos y otros pueden considerarse, al menos parcialmente, sustitutivos.

¹ Asunto 322/81, Michelin c. Comisión (1983).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El alquiler de fibra oscura se caracteriza por tolerar altas capacidades de transmisión y, normalmente, su utilización es práctica para grandes distancias. Además, presenta un alto grado de flexibilidad en cuanto a la forma de utilización que le puede dar el operador.

Normalmente, el alquiler de fibra oscura se realiza en paralelo al despliegue de otras infraestructuras para obtener economías de alcance. El coste marginal de desplegar fibra oscura junto a la infraestructura principal (sea autopistas, vías de tren, tendidos eléctricos o gaseoductos) parece ser muy bajo, por lo que el titular de la infraestructura referida tiene un gran incentivo para instalarlas, aun en el caso de que no sea segura su explotación. Así, se encontrarían presentes en este mercado, tanto hoy como en 1998, al menos, los operadores de vías férreas (como RENFE), empresas del sector del Gas (como Gas Natural) y empresas del sector eléctrico (como Red Eléctrica Española). Decimos “*al menos*” porque consta a esta Comisión que también operadores de autopistas (como ACESA) y empresas del sector eléctrico (tales como Iberdrola, Endesa y Unión FENOSA) podrían considerarse ya competencia potencial de DCSA desde 1998.

A mayor abundamiento, existen otras tecnologías que pueden considerarse sustitutivas de la fibra oscura por lo que podrían encontrarse comprendidas en el mismo mercado, al ser susceptibles de ser utilizadas igualmente para el despliegue de una red troncal y que estaban disponibles en el momento en que se firmó el contrato que AUNA pretende modificar parcialmente ahora. Así, por ejemplo, la misma Retevisión podría haber desplegado su propia red mediante el tendido de fibra óptica solicitando los oportunos derechos de paso o podría haber alquilado líneas dedicadas a TESAÚ. Incluso, desde un punto de vista estrictamente tecnológico, Retevisión podría haber incrementado su capacidad portadora mediante la instalación de radioenlaces, aunque esta opción no hubiese sido viable económicamente.

La misma AUNA reconoce expresamente, en su escrito de fecha 3 de octubre de 2003, que DCSA no es dominante en el mercado de fibra oscura, por lo que no es preciso insistir ni profundizar más sobre esta cuestión.

En cuanto a la alegación de AUNA de que DCSA gozaba de una “*posición de privilegio*”, sin negar dicha posición, no hay que confundirla con una posición de dominio que le haya permitido abusar de forma anticompetitiva.

En efecto, en el momento en que AUNA y DCSA llegaron al acuerdo de alquiler de fibra oscura, esto es, inmediatamente después de la liberalización de la actividad de establecimiento y explotación de redes y servicios de telecomunicaciones, la creación de una red de telecomunicaciones, cuando llevaba consigo un régimen de ocupación de la propiedad pública y privada, pasaba por la previa obtención del correspondiente título habilitante. Como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corolario del mismo, y siempre que así lo solicitase el operador, se le reconocía al licenciataria el derecho a ocupar el dominio público para instalar su red. Este derecho obedece a la circunstancia de que la red instalada presenta la naturaleza de una “red pública” de telecomunicaciones, con consecuencias inherentes a esta “*publicatio*” como es la no discriminación en su uso y el cumplimiento de obligaciones de servicio público, entre otras.

Sin embargo, existían determinadas empresas, antes mencionadas, que podían utilizar y explotar en el sector de las telecomunicaciones infraestructuras tendidas aprovechando los derechos de paso obtenidos en la prestación de actividades para las que disfrutaban de derechos especiales o exclusivos por entenderse de interés económico general (electricidad, gas transporte, etc.).

La Disposición Adicional sexta de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, establecía que *“todos los operadores, debidamente habilitados, que instalen redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones tendrán, a estos efectos, los mismos derechos en relación con la ocupación del dominio público o de la propiedad privada, en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en sus normas de desarrollo, con independencia de que realicen cualquier otra actividad adicional”*

La Resolución de 28 de diciembre de 2000, en el seno del expediente ME 2000/3362, analizaba esta situación, resaltando que la razón de ser última de tal régimen *“no es otra que garantizar la igualdad de condiciones de los operadores respecto del ejercicio de unos derechos, los de ocupación, limitados por razones de interés general en muchos casos, y cuyo disfrute es tratado por la legislación sectorial de telecomunicaciones con mecanismos que evitan que se convierta en germen de posiciones indebidamente privilegiadas proscritas por la legislación comunitaria y nacional.”*

La referida Resolución continúa señalando que *“la afirmación anterior es especialmente relevante respecto de las empresas que, al amparo de los objetivos de interés público que están obligadas a cubrir, han recibido y disfrutaban de derechos especiales o exclusivos en ciertas áreas de actividad conceptuadas como de interés económico general, y cuya sustracción al régimen sectorial, si participan con su actividad en el sector de telecomunicaciones, daría lugar a un ejercicio privilegiado de estas actividades sin el control que permiten la aplicación de las obligaciones exigibles al resto de operadores en la misma actividad”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con el propósito de evitar precisamente esta situación privilegiada, esta Comisión informó a las referidas entidades de la necesidad de contar con el título habilitante necesario que la normativa imponía (en concreto a las empresas participantes en diferentes sectores como: electricidad, agua, autopistas, gas, ferrocarriles). Dichas empresas fueron regularizando su situación mediante la solicitud del correspondiente título habilitante para la prestación del servicio que pretendían prestar, en unos casos, y que estaban prestando, en otros, equiparándose, por lo tanto, las obligaciones de unos y de otros.

Concretamente, DCSA, con fecha 19 de julio de 1999, solicitó a esta Comisión el otorgamiento de una licencia individual de tipo C1 para el establecimiento y explotación de una red pública que no implicara el uso del dominio público radioeléctrico, para alquilar a terceros fibra óptica sin equipos de conmutación, transmisión, recepción o procesado de señales.

Sin embargo, las obligaciones propias de un operador de telecomunicaciones vincularían a DCSA desde el inicio de la prestación del servicio de alquiler de fibra oscura, incluso en relación con los acuerdos celebrados con anterioridad a su otorgamiento, en base a la propia Resolución en la que esta Comisión otorgó a DCSA la licencia solicitada, dado que se establecía expresamente la necesidad de adaptar al régimen de la misma las obligaciones y derechos contraídos con terceros a los que hubiera alquilado fibra óptica con anterioridad a la fecha de su otorgamiento.

En consecuencia, el acuerdo entre DCSA y AUNA se celebró un año antes de que DCSA presentara su solicitud de licencia individual ante esta Comisión, por lo que DCSA debería haber adaptado el referido acuerdo **en el supuesto de que contuviera cláusulas contrarias al régimen de la licencia.** Este supuesto incumplimiento, que se analiza en el apartado segundo de la presente Resolución, supone la base fundamental de la denuncia presentada por AUNA, y más concretamente, el incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que DCSA se encuentra sujeta.

Ahora bien, con independencia del presunto incumplimiento de las obligaciones de la Licencia que se examina posteriormente, es preciso analizar si -como alega AUNA- la situación de privilegio en que se encontraba DCSA era tal que le permitía ejercer una influencia notable en el mercado y actuar al margen de la oferta y la demanda imponiendo "*condiciones contractuales abusivas*" en el momento de la firma del acuerdo. Desde el punto de vista del efecto sobre la libre competencia, esta situación tendría incidencia **independientemente del cumplimiento o no de las obligaciones de la licencia.**



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, no puede darse por supuesto que esta situación privilegiada en relación con los derechos de paso fuera de tal naturaleza que permitiera a DCSA imponer determinadas condiciones a terceros. Y ello porque AUNA dispuso de otras fuentes de abastecimiento, entre ellas, la contratación de los servicios mayoristas de la propia TESAÚ. Es decir, la posición de privilegio de DCSA (que no se discute) no se equipara en el presente caso a una posición de dominio.

En el momento en que se firmó el acuerdo, RETEVISION debía desplegar una red que cubriese el territorio nacional. Para establecer su red troncal tenía ante sí varias opciones: i) desplegar en solitario su propia red, ii) alquilar fibra óptica a las entidades que en ese momento disponían de fibra oscura, (RENFE, REDESA o GAS NATURAL), o iii) alquilar líneas dedicadas a TELEFONICA.

RETEVISION decidió en ese momento contratar con DCSA y hacerlo en las condiciones que se establecieron en el acuerdo. Las referidas condiciones del acuerdo se pactaron libremente y son vinculantes, disponiendo las partes de las posibilidades que el ordenamiento jurídico contempla para la resolución de las controversias que puedan surgir a lo largo de la vida de cualquier negocio jurídico. En este sentido, es preciso poner de manifiesto que la voluntad de contratar se presume consciente y libre a no ser que se pruebe que existe un vicio, lo que implica que la validez del contrato está amparada por una presunción *iuris tantum*.

Por ello, debe rechazarse la alegación de AUNA de que ***“el hecho de tener la infraestructura construida y lista para su uso en el momento del lanzamiento de los operadores de telecomunicaciones, hacía que aquellos tuvieran una posición de privilegio o de dominio que les posibilitaba la imposición de condiciones contractuales que nunca se hubieran suscrito en una negociación en condiciones de igualdad.”***

De hecho, AUNA reconoce, en su propio escrito de fecha 3 de octubre de 2003, que DCSA no es operador dominante en el mercado de alquiler de fibra oscura al manifestar *“DCSA no tiene una cuota de mercado que dé lugar a que se le declare operador dominante en el mercado de alquiler de fibra, AUNA en ningún momento ha intentado defender que DCSA tiene una posición dominante en el mercado de alquiler de fibra basada en cuota de mercado”*.

De todo ello, cabe concluir que si DCSA carecía de posición dominante en el mercado mayorista de capacidad de transmisión, difícilmente podría haber abusado de la misma mediante la imposición de condiciones contractuales inequitativas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) Inexistencia de abuso por negarse a modificar las condiciones de contrato

Dado que, como se ha puesto de manifiesto, DSCA no era, ni es, dominante en el mercado mayorista de capacidad de transmisión (esto es, de los servicios necesarios para configurar la red de transporte de un operador de telecomunicaciones), no resulta procedente acometer el examen del supuesto comportamiento abusivo.

No obstante, a mayor abundamiento, cabe significar que, incluso si tuviera una posición de dominio en el mercado relevante, difícilmente podría hablarse de abuso, por los motivos que veremos a continuación:

Una compañía que tiene una posición dominante en el suministro de determinado producto, que resulta esencial para la provisión de bienes o servicios en determinado mercado, abusa de su posición dominante cuando, sin justificación objetiva, deniega el acceso de terceros a estos productos o instalaciones. De este modo, en ciertos casos, una empresa en posición dominante debe, no únicamente abstenerse de realizar acciones anticompetitivas, sino también promover activamente la competencia permitiendo a sus potenciales competidores el acceso a las instalaciones que ha desarrollado.

Una denegación de acceso sólo tendrá carácter abusivo cuando tenga por efecto dificultar el mantenimiento del grado de competencia que sigue existiendo en el mercado o el aumento de dicha competencia.

En este sentido, la *Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998* (en adelante, “Comunicación de Acceso”)² distingue tres situaciones en relación con las negativas de acceso con efectos anticompetitivos: a) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en el mercado de servicios; b) la retirada de acceso a un cliente y c) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor no haya facilitado el acceso a ningún otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios pero se trate de una instalación esencial. (En todos estos casos podría asimilarse a una denegación de acceso la aplicación de precios excesivos). A continuación, se analiza la aplicación de los anteriores supuestos al caso que nos ocupa:

² Comunicación de la Comisión Europea (98/C 265/02).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b.1) Inexistencia de indicios de discriminación anticompetitiva

No parece que la reclamación de AUNA se enmarque en el primero de los casos, pues, aun en el supuesto de que DCSA fuese dominante (que ya hemos visto que no lo es), no ha resultado acreditado que exista discriminación anticompetitiva, ni respecto de las condiciones que se aplica a sí misma en mercados descendentes, ni de las que aplica en sus contratos con los competidores de AUNA. Tampoco parece que DCSA haya accedido a renegociar condiciones con terceros operadores y que se haya negado a esta renegociación en el caso de AUNA. De hecho, resulta significativo que AUNA ampliase los kilómetros de fibra contratados en dos ocasiones, realizándose la última ampliación en el año 2002.

CONFIDENCIAL []

b.2) Incumplimiento de las condiciones para que pueda hablarse de denegación de acceso a una instalación esencial

Las alegaciones de AUNA son especialmente confusas en este punto, pues, al tiempo que pone de manifiesto que los precios contratados están muy por encima de las condiciones de mercado, lo que implica necesariamente la existencia de una alternativa desde el punto de vista de la oferta y resulta por tanto incompatible con el concepto de instalación esencial, mantiene que la infraestructura arrendada a DCSA es una "Instalación Esencial", *"difícilmente sustituible en el momento en el que fue arrendada y, todavía en la actualidad, a pesar de que la oferta de infraestructuras es mayor, debido a que forma parte de la red troncal del operador por la que discurren las comunicaciones de los usuarios y, también, debido a las condiciones contractuales abusivas que aquí se denuncian (alquiler a largo plazo). Es por ello por lo que no existen alternativas viables que puedan ser directamente utilizadas por AUNA para la prestación de sus servicios en sustitución de aquellas, que no precisen obras adicionales o extensiones de red concretas. Tal es la importancia de esta instalación para AUNA, que con fecha posterior a la suscripción del contrato, AUNA se ha visto obligada a adquirir nuevos tramos a DCSA, no incluidos inicialmente"*.

La solicitante considera que *"DCSA está incurriendo en una conducta anticompetitiva, y, por tanto, incumpliendo una de las condiciones establecidas en su licencia, debido a que, en definitiva, controla una Instalación Esencial a la que ha necesitado y continúa necesitando acceder mi representada en condiciones no abusivas para prestar servicios en el mercado de telecomunicaciones. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y, en particular, con lo establecido en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de normas de competencia a los acuerdos de acceso en el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sector de las telecomunicaciones,” toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial disfruta de una posición dominante”, en este sentido hemos de poner de manifiesto que los principios establecidos por la Comisión Europea en relación con las instalaciones Esenciales, son de aplicación al sector de las telecomunicaciones y susceptibles de ser aplicados por la CMT”.

AUNA alega que “*si bien es cierto que en este caso no nos encontramos ante una negativa expresa de acceso a una Instalación Esencial, sí nos encontramos ante la imposición de un precio excesivo e inflexible (que no se adapta a las fluctuaciones del mercado) y unas condiciones abusivas que, en definitiva, pueden equivaler a una denegación efectiva de acceso, de acuerdo con el derecho de la competencia; en relación con esta afirmación, se cita una vez más lo establecido en la Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones: El establecimiento de un precio excesivo por la concesión del acceso, además de ser abusivo en sí mismo, puede equivaler a una denegación efectiva del acceso*”

Como se ha explicado en el apartado precedente, junto con la denegación de acceso discriminatoria y la retirada de acceso a un antiguo cliente, se considera abusiva una denegación de acceso a instalaciones esenciales si la lleva a cabo una empresa que goce de una posición dominante como consecuencia de controlar dichas instalaciones. La denegación tendrá carácter abusivo cuando repercuta sobre la competencia dando lugar a una explotación o a prácticas anticompetitivas.

De acuerdo con la Comunicación de Acceso antes citada, “*toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial disfruta de una posición dominante en el sentido del artículo 82 del TCE*”, definiéndose instalación esencial como “*aquellas instalaciones o infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable*”.

Para que una negativa de acceso pueda considerarse abusiva, en primer lugar y junto con otros requisitos que no entraremos a analizar pues deben darse cumulativamente, el acceso a la instalación deberá ser fundamental para que las empresas compitan. Esto es, no bastaría con que, en términos de la propia Comunicación de Acceso, “*en caso de concederse el acceso la posición del que lo solicita fuese más ventajosa, sino que es preciso que su denegación implique la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas*”. O, lo que es lo mismo, en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sería preciso “*que fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial*” a la instalación a la que se pretende



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acceder.³ También el Tribunal de Primera Instancia⁴ considera una infraestructura, producto o servicio indispensable para el acceso al mercado pertinente si *“no pueden sustituirse por otros y si a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales (...) que se verían excluidos”*

En el presente caso, y teniendo en cuenta la anterior definición de Instalación Esencial de la Comunicación de Acceso y los Tribunales comunitarios, no se puede concluir que las infraestructuras de DCSA sean básicas para llegar a los consumidores ni tampoco que no puedan, ni hubieran podido en su momento, ser sustituidas por ningún medio razonable. Es decir, AUNA dispone de alternativas económicamente viables, aunque quizás no tan beneficiosas como las pretendidas, para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que ofrece, y podría, como ya se ha explicado, contratar con otros proveedores de fibra oscura o, más genéricamente, con otros proveedores de capacidad de transmisión para tender su red de transporte.

Otra cuestión sería considerar si los tramos que contrató AUNA con DCSA eran la única alternativa para el despliegue de su red al no existir alternativas reales en tramos concretos, circunstancia que, por otra parte, no alega AUNA. Sin embargo, este no parece ser el caso puesto que consta a esta Comisión que existen numerosos tramos contratados en los que RENFE o REDESA también disponían de fibra oscura y, en cualquier caso, siempre era posible recurrir al alquiler de circuitos de TESAU.

Por todo lo anterior, cabe concluir que al no tratarse de un operador dominante, no puede hablarse de abuso, y todavía menos calificar la red de DCSA de “instalación esencial”, ni siquiera para determinados tramos, puesto que existen, y existían en el momento de la contratación, alternativas técnica y económicamente viables para prestar sus servicios.

Dicho lo anterior, no procedería entrar a analizar otras cuestiones alegadas por AUNA en el procedimiento, como los costes de sustitución de una red a otra que podrían llegar a hacer la operación inviable (*costes de rescisión unilateral del contrato con DCSA en los términos vigentes, coste de alquiler de nuevas infraestructuras a otros operadores y adaptación de las mismas*), ya que ni

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, Oscar Bronner contra Mediaprint. Asunto C-7/97. Rep.1998

⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services Ltd (ENS) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. Rep. 1998.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

siquiera la propia AUNA ha aportado al expediente datos que acrediten dicha alegación.

b.3) *Duración excesiva del contrato*

Es indudable que la duración pactada tiene como efecto la rigidez de los precios en respuesta al exceso de capacidad. Si bien es cierto que la duración del contrato (30 años) puede resultar excesiva para AUNA en un contexto, como el presente, de rápido cambio tecnológico, para que pueda instarse a la Resolución del mismo por ser esta duración contraria a la competencia es necesario acreditar este efecto contrario a la competencia en el mercado y no, como se limita AUNA, un efecto contrario a los intereses de un competidor. De hecho, AUNA ni siquiera ha aportado datos sobre los costes de cambio que pudiera conllevar la resolución anticipada del contrato y su posible efecto “barrera”.

Desde el punto de vista de sus efectos en el mercado, no puede decirse que con esta cláusula se haya limitado la participación en el mercado a un número reducido de agentes vinculando a largo plazo a un cliente frente a su proveedor. Tampoco puede decirse que la duración del contrato haya supuesto o pueda suponer en el futuro una importante barrera de entrada.

Por ejemplo, si DCSA hubiese tenido poder de mercado como proveedor, semejante duración podría haber impedido la aparición de alternativas en el mercado ascendente. Sin embargo, la evolución del mercado ha sido la contraria, puesto que existe un exceso de oferta.

Si, por el contrario, AUNA hubiese tenido poder de mercado como comprador y la duración del contrato hubiese ido unida a la contratación de una gran capacidad con el objeto de excluir a sus competidores, también podría haberse verificado un efecto contrario a la libre competencia en el mercado descendente. Sin embargo, no parece que nada de esto haya sucedido como consecuencia de la duración pactada, motivo por el cual no concurre un interés público que justifique la intervención por la CMT de las condiciones en su día libremente pactadas.

En conclusión, no puede hablarse de acuerdos con efectos anticompetitivos, ni de condiciones abusivas impuestas por DCSA, ni de denegaciones de acceso a instalaciones esenciales, dado que ni DCSA era dominante en el mercado relevante ni en el momento de la firma del acuerdo ni en la actualidad, ni su red puede considerarse una instalación esencial a los efectos del presente procedimiento. Por lo tanto, el análisis del conflicto deberá centrarse en el posible incumplimiento de DCSA de las obligaciones que la normativa sectorial impone a los operadores de telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Infracción de la normativa sectorial y de las condiciones de la Licencia de DCSA.

Como se mencionó anteriormente, el acuerdo entre DCSA y AUNA se celebró un año antes de que DCSA presentara su solicitud de licencia individual ante esta Comisión, por lo que DCSA debería haber adaptado el referido acuerdo en el supuesto de que contuviera cláusulas contrarias al régimen de la licencia. Por tanto, procede en este apartado examinar el régimen jurídico de las condiciones impuestas en la licencia de DCSA para verificar si el acuerdo suscrito con AUNA contuviera cláusulas contrarias a la licencia otorgada.

De entrada, se ha de señalar que, en relación con los títulos habilitantes existentes en el momento de la aprobación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y de conformidad con lo dispuesto en su Disposición transitoria primera, apartado segundo, quedan extinguidos, desde la entrada en vigor de la Ley, todos los títulos habilitantes otorgados para la explotación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, quedando sus titulares habilitados para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el párrafo primero del artículo 6.1 de la LGTel. En particular, dice la Ley, quedan extinguidos las autorizaciones generales y provisionales y las licencias individuales, entre otros títulos.

Este nuevo régimen rompe con el sistema de otorgamiento de títulos habilitantes que se establecía en el anterior, pasando a un sistema de habilitación general. Es decir, todos los interesados tendrán un derecho preexistente a la explotación de redes y a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 6.

Ahora bien, la extinción de estos títulos no conlleva también la extinción de las condiciones que les eran aplicables a los operadores. De esta forma, las condiciones que vinieran impuestas conforme a sus antiguos títulos y conforme a la normativa anterior que permanezca vigente les serán aplicables hasta que se desarrolle el Reglamento preceptivo, siempre y cuando no sean incompatibles con las condiciones que pueden asociarse a una autorización general.

En relación con dichas condiciones que vinieran impuestas conforme a su antiguo título (Licencia C1), resultan relevantes a los efectos del presente expediente el análisis del presunto incumpliendo de la obligación de no discriminación en las ofertas que efectúa a sus clientes y el de las obligaciones de servicio público a las que DCSA se encontraría sujeta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) Obligaciones. 2.1: “Ofrecer a sus clientes fibras oscura conforme a los principios de objetividad y no discriminación, al amparo de lo establecido en los artículos 3 f) y 6 de la Ley General de Telecomunicaciones”.

El concepto de discriminación conlleva la aplicación de condiciones desiguales a circunstancias semejantes. Esta aplicación de condiciones desiguales puede referirse tanto a precios como a otras condiciones de prestación del servicio, o al hecho de no prestar a unos un servicio que sí se presta a otros y especialmente a sí mismo.

Con el fin de conocer las condiciones que DCSA aplicaba a otros clientes, como se recoge en los antecedentes de hecho, esta Comisión remitió requerimiento de Información a DCSA solicitando información en relación con las cinco mayores entidades a las que DCSA tuviera arrendadas, cedidas o facilitadas por cualquier título fibras ópticas de la red de cable de la que es titular.

Del análisis de la información facilitada y de las cláusulas de los contratos remitidos, se desprende que DCSA aplica unos precios y condiciones de arrendamiento que responden a tres parámetros objetivos: duración del contrato, número de fibras y distancia de las mismas. De acuerdo con estos criterios, y comparados los diferentes contratos de arrendamiento de DCSA, no se constata ninguna discriminación. Asimismo, en todos ellos aparece una cláusula indemnizatoria vinculada al incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras la rescisión anticipada que, evidentemente, está vinculada a la duración de la relación contractual.

TABLA CONFIDENCIAL

- b) Obligaciones. 2.6: “En virtud del artículo 44.2 del Reglamento de Servicio Universal y de acuerdo con la solicitud expresa del interesado del reconocimiento genérico de los derechos de ocupación de la propiedad pública o privadas, y asumiendo las obligaciones de servicio público que le sean impuestas, según consta en el Anexo II, el titular de esta licencia individual deberá cumplir las obligaciones de servicio público a las que se refiere el artículo 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones y que se desarrollan en los artículos 7,8, y 9 del mencionado Reglamento.”

Este supuesto incumplimiento supone la base fundamental de la denuncia presentada por AUNA, y más concretamente, el incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que DCSA se encontraría sujeta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AUNA esgrime el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el título por el que se le otorga a DCSA la licencia, puesto que en la propia resolución de otorgamiento [de fecha 3 de diciembre de 1999] se establece expresamente que *“las obligaciones y derechos contraídos con terceros a los que se haya alquilado fibra óptica con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la presente licencia deberán adaptarse al régimen de la misma”*. Continúa señalando que DCSA, tras el otorgamiento de la licencia individual, sigue manteniendo los precios y condiciones para el alquiler de su infraestructura que habían sido acordados con anterioridad a dicha fecha.

A este respecto, se ha de indicar que la obligación de adaptación de los contratos formalizados con anterioridad al otorgamiento de la licencia individual se refiere a la adaptación de aquellas condiciones que pudieran ser contrarias a la normativa de telecomunicaciones o a las condiciones recogidas en la resolución por la que se otorga la licencia, en relación con el marco normativo en vigor y que le es de aplicación.

AUNA señala en su escrito de 3 de octubre que el contrato suscrito con DCSA, *“cuyas condiciones no han sido objeto de revisión de acuerdo con las obligaciones contraídas por DCSA al obtener su título habilitante en 1999, no respeta los principios de adaptabilidad ni de flexibilidad de precios, lo que atenta contra las obligaciones de servicio público de DCSA”*.

La solicitante argumenta en su escrito de denuncia que ***“DCSA está incumpliendo en el presente contrato, sus obligaciones de servicio público impuestas en su licencia y establecida en los artículos anteriormente citados de la LGTel [35.2] y del Reglamento del Servicio Universal [7], dado que sus precios ni son públicos ni son aparentemente transparentes, ni son flexibles. E igualmente está DCSA incumpliendo sus obligaciones de servicio público en lo que se refiere a la propia prestación del servicio. Según el artículo 35.2 de la LGTel anteriormente mencionado, el servicio se debe prestar sujeto a los principios, entre otros, de adaptabilidad. Y, de nuevo, es evidente que la única adaptabilidad que permite DCSA a sus usuarios, esto es, AUNA, es la adaptación del precio año a año mediante la aplicación al mismo del IPC. De igual manera, DCSA está incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento del Servicio Universal, que también le es aplicable por así establecerlo su licencia... No está cumpliendo con esta obligación de “publicatio” y por lo tanto está restringiendo los derechos de mi representada, que desconoce los precios o condiciones que pueda estar ofreciendo a otras empresas competidoras suyas”***.

Frente a lo anterior, se ha de señalar lo siguiente. El artículo 21 de la nueva LGTel, contempla dos categorías de obligaciones de servicio público: el servicio universal y otras obligaciones de servicio público impuestas por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

razones de interés general. Por otro lado, el artículo 20.3 establece que *“el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que aquellas sean exigibles se efectuará con respecto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen”*. Y el apartado 4 de dicho artículo establece expresamente que *“corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público y de carácter público a que se refiere este artículo”*.

No obstante, la disposición adicional primera de la LGTel, punto 5, establece que seguirán en vigor hasta la aprobación del nuevo reglamento las normas dictadas al amparo de la LGTel que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, así como el resto de disposiciones reglamentarias en desarrollo del título III de dicha ley.

El artículo 35.1 de la derogada Ley 11/1998 establecía en su párrafo primero, que *“los titulares de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y los titulares de redes públicas de telecomunicaciones para cuya prestación, instalación o explotación se requiera licencia individual, (...), se sujetarán al régimen de obligaciones de servicio público.”*

El apartado 2 continuaba señalando que *“el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones para los que aquéllas sean exigibles, se efectuará con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas. Corresponde al Ministerio de Ciencia y Tecnología el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público que se imponen en este artículo.”*

En desarrollo de lo anterior, el Reglamento del Servicio Universal⁵ establece en su artículo 44.2, párrafo segundo, que *“los operadores que tengan reconocidos genéricamente en su licencia individual derechos de ocupación de la propiedad pública o privada deberán, inicialmente, respetar las obligaciones de servicio público a las que se refiere el artículo 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones y que se desarrollan en los **artículos 7, 8 y 9 de este Reglamento.**”*

⁵ 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 el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 6 del Reglamento, relativo a las condiciones generales, señala que los titulares de licencias individuales deberán cumplir, además de las condiciones generales que se establezcan en las órdenes ministeriales que regulen aquéllas y en su título habilitante específico, **las obligaciones de servicio público que les sean de aplicación**, de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en este Reglamento.

Es decir, la derogada Ley de Telecomunicaciones establecía determinadas obligaciones de servicio público en relación con los antiguos licenciarios.

No obstante lo establecido en el último inciso del apartado 2 del artículo 35 de la Ley 11/1998 (el control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología), y a los únicos efectos de dar contestación a las alegaciones realizadas, se analizan a continuación dichas obligaciones, teniendo en cuenta el conflicto que nos ocupa y la posible aplicación de las mismas al caso concreto.

Las obligaciones concretas de servicio público de carácter general recogidas en el artículo 7 del Reglamento se refieren a:

- a) *Garantizar el acceso a los servicios de todos los usuarios que lo soliciten del grupo o territorio al que afecte el título habilitante correspondiente.*
- b) *Ofrecer el servicio a todos los usuarios a un precio razonable, con las facultades de supervisión por la Administración que se establecen en este Reglamento.*
- c) *Otorgar igual trato y permitir idénticas condiciones de acceso y uso a los servicios para los usuarios.*
- d) *Dar continuidad y permanencia a la oferta.*
- e) *Respetar las condiciones de calidad de los servicios establecidas en los términos de este Reglamento.*
- f) *Tener capacidad para adaptarse a las diversas necesidades de los usuarios, de acuerdo con lo establecido por la Administración.*
- g) *Los precios que los operadores exijan a los usuarios se ajustarán a los principios de no discriminación, transparencia, publicidad y flexibilidad. A estos efectos, los operadores ofrecerán a los usuarios el desglose de las facilidades del servicio y tendrán en cuenta las necesidades específicas de los colectivos desfavorecidos a los que se refiere este Reglamento”.*

Sobre las obligaciones incluidas en las letras a), c), d) y e) del artículo 7, y teniendo en cuenta lo manifestado por las partes, no se ha suscitado controversia alguna.

En relación con la **letra b)**, se establece la obligación de **ofrecer el servicio a un precio razonable**. Antes de analizar la razonabilidad del precio, debemos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tener en cuenta que no pesa sobre DCSA obligación de orientar precios a costes y que la regla general de los contratos es la libertad de pacto (Artículo 1255 del Código Civil). Mediante la negociación de los Acuerdos, las partes negocian y fijan las condiciones en la prestación de los servicios incluyendo dentro de las mismas las condiciones económicas.

DCSA, en su escrito de alegaciones, describe detalladamente los principios sobre los cuales realiza el cálculo del precio a aplicar en concepto de arrendamiento de su infraestructura, dichos principios son:

- Diferenciación de los tramos en base a la competencia existente en dichos tramos, clasificando los mismos en tres tipos (U-Ibérica, resto de red en España y conexiones internacionales y extensiones de red a medida)
- Los precios se calculan en base a las longitudes de una sola fibra.
- Se aplican descuentos de forma creciente por volumen total de una sola fibra por cliente.
- Se mantiene para todos los clientes el principio de “condiciones iguales, precios iguales.

DCSA señala que *“de esta manera y con arreglo a los anteriores principios, para la obtención del precio medio de una serie de tramos con distinto número de fibras en cada uno de ellos, se parte de un precio base para cada tramo o parte de él, de **CONFIDENCIAL** [] anual para el 2002, según el tipo de tramo 1, 2 o 3 fibras arrendadas respectivamente.*

A continuación se realiza una media ponderada en base a la longitud de cada tramo, obteniéndose el precio medio por metro de fibra. A este precio resultante se le aplica un descuento por volumen que varía entre el 12% y el 50% de forma lineal. Salvo situaciones especiales, no se admiten contratos de menos de 200 km, para 2 fibras de media. [Incorpora una tabla donde se refleja el sistema de descuento por kilómetro de fibra que DCSA aplica].

Por último se aplica una penalización por duración del contrato inferior a 15 años...

*En el caso de AUNA el precio de arrendamiento (sin incluir el mantenimiento - un 8%- ni el alquiler de casetas) es de **CONFIDENCIAL** [] de media de ruta de 6 fibras. Este valor actualizado con los IPC a 2002 – 2003 es de **CONFIDENCIAL** [] para 6 fibras de media aplicando a 2.113 km de ruta, o lo que es lo mismo 6.339 km de 2 fibras a **CONFIDENCIAL** []. Hay que tener en cuenta que en el contrato de AUNA hay 894 kilómetros de 6 fibras en ruta Tipo 1, 664 kilómetros de 4 fibras en ruta Tipo 2, y 556 kilómetros de 8 fibras también en ruta Tipo2”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dado que la obligación impuesta consiste en ofrecer el servicio a un precio razonable, teniendo en cuenta los principios descritos aplicados en la formación de los precios, pueden entenderse que estos son razonables.

Por otro lado, la **letra f)** del artículo 7 se refiere a la obligación **de tener capacidad para adaptarse a las diversas necesidades de los usuarios, de acuerdo con lo establecido por la Administración**. La cuestión fundamental en este punto es determinar a que se refiere el legislador al referirse a la capacidad de adaptación, teniendo en cuenta que dicha adaptación ha de efectuarse de acuerdo con lo que la Administración pueda determinar.

AUNA entiende que *“no parece que un contrato de 30 años, sin posibilidad de rescisión parcial dé cumplimiento a los mencionados principios de adaptabilidad y flexibilidad”*.

Esta Comisión no comparte la interpretación realizada por AUNA, puesto que la adaptabilidad que contempla la mencionada obligación se refiere a la adaptabilidad de la **oferta del servicio** a las necesidades de los usuarios, no a la adaptabilidad de los **contratos** que vinculan a las partes que los han formalizado. Y todo ello teniendo en cuenta lo que la Administración establezca en relación con las características de las ofertas, en aras a proteger el interés público.

El principio de adaptabilidad no puede interpretarse de forma tal que impida la aplicación del principio de seguridad jurídica. La fuerza obligatoria del contrato se consagra, entre otros, en el artículo 1.091 del Código Civil, en el que se establece que *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*. La fuerza obligatoria mencionada deriva de la voluntad concurrente de las partes, inspirada en el principio *pacta sunt servanda*, en aras del valor y eficacia de lo libremente estipulado, en servicio de la seguridad jurídica.

La aceptación de la interpretación que realiza AUNA supondría que las condiciones pactadas libremente entre las partes tendrían que ser modificadas en el sentido que interesara a una de ellas, invocando el principio de adaptabilidad, y los planes de negocio que incluyen las extensiones de red y las propias inversiones, que un operador realiza en función de los acuerdos a los que llega con otros operadores, dejarían de tener ninguna consistencia puesto que tendrían que ser constantemente modificados por voluntad de un tercero.

La **letra g)** establece que **los precios que los operadores exijan a los usuarios se ajustarán a los principios de no discriminación, transparencia, publicidad y flexibilidad**.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La interpretación de los principios que se recogen en este apartado se ofrece a continuación, al señalar el artículo 7 que a **estos efectos, los operadores ofrecerán a los usuarios el desglose de las facilidades del servicio y tendrán en cuenta las necesidades específicas de los colectivos desfavorecidos a los que se refiere este Reglamento.**

La obligación de ofrecer a los usuarios el desglose de las facilidades del servicio es la concreción del principio de transparencia, dado que de esta forma el usuario conoce exactamente los distintos componentes del precio y únicamente paga por lo que contrata.

En cuanto a la flexibilidad exigida, el Reglamento se refiere a adecuar el precio de los servicios en función de las necesidades de colectivos desfavorecidos, (pensionistas, jubilados) que, por sus circunstancias especiales, son objeto de una mayor protección por parte de legislador. Asimismo, se podrían dar circunstancias tales como la duración de los contratos, el volumen en relación con el consumo, el tipo de facturación, etc., que justificarían la referida flexibilidad del precio.

De todo lo anteriormente expuesto no puede deducirse el incumplimiento por parte de DCSA de las obligaciones de servicio público, que, en la explotación de redes públicas, la normativa sectorial de telecomunicaciones establece. Todo ello sin perjuicio de que, en cualquier caso, es el Ministerio de Ciencia y Tecnología el órgano competente para controlar y enjuiciar los incumplimientos de las obligaciones de servicio público.

Tercero.- Revisión del Contrato por aplicación de la cláusula “REBUS SIC STANTIBUS”.

AUNA considera que procede la aplicación al presente caso de la referida cláusula, al darse todos los presupuestos necesarios para ello, añadiendo que *“al ser la cláusula “rebus sic stantibus” una cláusula implícita en todo contrato, según ha reconocido nuestro más alto Tribunal, la falta de aplicación de la misma por parte de DCSA, pese a las reiteradas peticiones de mi representada, constituye un incumplimiento de dicho contrato”*

La Sentencia del Tribunal Supremo número 1048/2000 (Sala de lo Civil), de 15 de noviembre, en lo relativo a la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” establecía que:

“la jurisprudencia de esta Sala señala como conclusiones A) Que dicha cláusula “rebus sic stantibus” no está legalmente reconocida. B) Que no obstante, dada



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe **posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales**. C) Pero que se trata de una cláusula peligrosa y **debe admitirse con mucha cautela**. D) Que **su admisión precisa:**

- a) **Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.**
- b) **Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones.**
- c) **Que todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.”**

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia número 129/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de febrero, en relación con la doctrina jurisprudencial consolidada sobre esta materia señala que:

“...la aplicación de la cláusula implícita “rebus sic stantibus” cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio “pacta sunt servanda” y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración: b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles”

Esta doctrina nace estrechamente vinculada a las obligaciones dinerarias, aunque también se aplica a cualquier otra obligación cuya onerosidad se pueda ver afectada por variaciones exorbitantes en el valor de su objeto o de la contraprestación recibida. El Tribunal Supremo ha aplicado mayormente la mencionada doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” a supuestos en los que, ante la concurrencia de determinadas circunstancias excepciones, afectan al valor de la moneda en relación con deudas de dinero. Asimismo, se aplica en obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo.

Teniendo en cuenta la posibilidad establecida en la cláusula decimocuarta del contrato suscrito entre las partes de **acudir a la vía del arbitraje de derecho**, para dirimir cuantas controversias puedan surgir en relación al contenido e interpretación del mismo, y sin perjuicio de la posible aplicación por el órgano jurisdiccional correspondiente de la cláusula mencionada, se analiza en el presente caso la existencia de los requisitos exigidos para su posible



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación. Lo que debe tenerse presente en el momento de realizar dicho análisis es la **excepcionalidad** de la aplicación de dicha cláusula, puesto que supone la quiebra del **principio “pacta sunt servanda”** y del **principio de “seguridad jurídica”** que preside nuestro ordenamiento. Como señala el propio Tribunal, se trata de una **cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela**.

- a) Que se produzca una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

En el momento en que se formalizó el contrato de continua referencia, julio de 1998, el sector de las telecomunicaciones, considerado históricamente como monopolio natural, había sido liberalizado dentro del marco comunitario que se había ido perfilando. Ante la necesidad de acomodar la legislación española a la normativa comunitaria, se aprobaron diversas normas que establecían la base del proceso liberalizador, destacando la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones y la propia Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que ya se encontraban en vigor en julio de 1998. A finales de 1998, esta Comisión otorgó las primeras licencias individuales por las que se habilitaba a determinados operadores a la prestación de servicios de telecomunicaciones. Es decir, en el momento en que se formalizó el contrato y se fijaron las condiciones de la prestación del servicio, las partes conocían el marco normativo en el que se estaba produciendo la liberalización del sector, la consecuente aparición de nuevos operadores en el mismo y las consecuencias prácticas de la apertura de la competencia.

AUNA, en relación con el presente requisito que se analiza, señala que DCSA no era operador de telecomunicaciones en el momento de la firma del contrato y que, tras el otorgamiento de la correspondiente licencia, el contrato en cuestión no había sido modificado ni adaptado a la situación a la que venía obligada DCSA en cumplimiento de las obligaciones de servicio público que le venían impuestas en su licencia. RETEVISION, en el momento en que formalizó el contrato con DCSA, conocía o podía conocer que DCSA no contaba con título habilitante necesario para la prestación del servicio contratado. No obstante, formalizó el referido acuerdo en ese momento, para ampliar en dos ocasiones posteriores el número de kilómetros de fibras arrendado, manteniendo el resto de condiciones inalteradas. En cuanto a la alegada falta de adaptación del contrato en cumplimiento de las obligaciones de servicio público, no supone una alteración extraordinaria de las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de las posibles consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio público pudiera suponer para un operador obligado a su cumplimiento, si este fuera el caso.

Continua destacando la solicitante diversas situaciones del mercado como *“el desinflamiento de la burbuja tecnológica, la crisis del sector de las telecomunicaciones, la crisis del once de septiembre..., numerosos operadores de telecomunicaciones han desaparecido de España o han suspendido pagos, otros se han visto abocados a fusionarse entre sí para poder sobrevivir”* etc.

La mayoría de las decisiones adoptadas por los agentes intervinientes en un sector económico responden a la necesidad de adaptarse a las diferentes situaciones que surgen en el mercado. La influencia en el sector de las telecomunicaciones, teniendo en cuenta que se trata de un sector recientemente liberalizado, de las circunstancias alegadas por la solicitante y de otras muchas circunstancias, no suponen, asimismo, una alteración completamente extraordinaria.

- b) Se produzca una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones.

AUNA señala que en definitiva *“no existe equilibrio entre el precio del contrato fijado a largo plazo que ha de pagar AUNA y la prestación ofrecida por GAS NATURAL cuyo precio es objetivamente inferior en el mercado debido a que existen en la actualidad infraestructuras alternativas”*.

El contrato se firmó mediante la asunción de un promedio de 6 fibras por ruta, dando igual que hubiese 4, 6 u 8 fibras en cada uno de los tramos. Se cobra cada tramo por Km y año. Ello hace que, si AUNA pretendiese ampliar su red y sólo utilizar dos fibras, se le cobraría como si usase seis, aunque también en los tramos en los que quisiese ocho fibras se le cobraría como si fuesen seis.

La solicitante señala, en relación con los precios que se están ofreciendo en el mercado que, en ocasiones, mejoran los precios del contrato en más de un 40% para prestaciones similares. Esta mejora alegada por AUNA, según el anexo a su documento de alegaciones, se refieren al supuesto en que se produzca la conversión del precio de DCSA de 6 a 2 fibras, estableciendo una compensación por la parte rescindida (4 fibras). Por lo tanto, según las condiciones pactadas, el precio aplicado en relación con el número de fibras no supone una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Que todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

En el año 1998, la tecnología DWDM (Multiplexación densa por longitud de onda) no estaba lo suficientemente probada en Europa, aunque empezaba a ser desplegada en Estados Unidos. Supone una técnica de transmisión que permite enviar el tráfico que previamente se enviaba por varias fibras en una sola fibra. De esta forma, el número de fibras necesarias para establecer una red troncal disminuye. Las fibras G.652, que son las instaladas por DCSA, se pueden utilizar tanto con equipamiento SDH (jerarquía digital síncrona) como DWDM.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2000 antes referida, señala que *“resulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga **carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable.**”* Dicho razonamiento resulta de aplicación en el presente caso, dado que la **evolución tecnológica** que se produce en un sector nuevo e innovador como el de las telecomunicaciones, y teniendo en cuenta además que RETEVISIÓN optó por una red SDH **incluso para el tramo ampliado en el año 2002**, no puede justificar la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Todo ello sin perjuicio de que, efectivamente, se ha generalizado la utilización de la tecnología DWDM, y que, por lo tanto, puede resultar innecesario la contratación de 6 fibras.

Tampoco puede entenderse como circunstancia radicalmente imprevisible *“la feroz competencia iniciada a partir de la plena liberalización del sector en 1998 y sobre todo en 1999 y 2000, competencia que se basó en su totalidad en la bajada de precios y no en la introducción de nuevos servicios”* alegada por AUNA. De hecho, uno de los propósitos de cualquier liberalización es dotar de competencia la prestación de cualquier servicio. Si AUNA entiende que la competencia ha sido feroz, lo que no puede entender es que sea radicalmente imprevisible.

En atención a todo lo anterior, y reiterando el carácter de **excepcionalidad** en la aplicación de la referida cláusula, esta Comisión considera que no concurren los requisitos señalados para su aplicación, sin perjuicio de la interpretación que los Tribunales, en su caso, pudieran efectuar.

Por cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Único.- Desestimar la solicitud de intervención de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. en el conflicto planteado con DESARROLLO DEL CABLE, S.A.

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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque.

Carlos Bustelo García del Real.



09 FEB. 2004

ENTRADA

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Doña ELISA ROBLES FRAGA, Don REINALDO RODRÍGUEZ ILLERA, Don ANTONI ELIAS FUSTÈ y Don LUIS BERMÚDEZ ODRIOSOLA, en su calidad de Vicepresidenta y Consejeros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y en relación con la

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. CONTRA DESARROLLO DEL CABLE, S.A. EN RELACION CON LA IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ABUSIVAS PARA EL ACCESO A LA RED DE DESARROLLO DEL CABLE, S.A., **APROBADA POR ACUERDO DEL CONSEJO EN LA SESIÓN 05/04, DEL DÍA 5 DE FEBRERO DE 2004, HACEN CONSTAR EN RELACIÓN A LA MISMA EL SIGUIENTE**

VOTO PARTICULAR

Con el respeto que deben merecer las resoluciones del Consejo de la CMT, creemos necesario hacer uso de la facultad que confiere el artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para reflejar con este voto particular la oposición al acuerdo adoptado por el Consejo en relación al conflicto de acceso planteado por la operadora AUNA respecto de la también operadora DESARROLLO DEL CABLE, filial de la entidad GAS NATURAL para el sector de las telecomunicaciones.

Aunque discrepemos de una parte de los razonamientos de la resolución adoptada -y algún comentario merecerán- nos centraremos en el presente Voto particular en recalcar aquellos puntos esenciales en los que se fundamentaba la enmienda que al efecto se presentó respecto de la propuesta original elaborada por los Servicios de la CMT que, a la postre, fue aprobada por el Consejo.

En esencia, aquella enmienda entendía que el conflicto de acceso debía resolverse aplicando el principio de no discriminación entre operadores aplicable en este caso a la operadora DESARROLLO DEL CABLE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tratándose de un conflicto entre operadores que no gozan de posición dominante en el mercado de infraestructuras de red (alquiler de circuitos), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe ser cautelosa en la interpretación y modificación, en su caso, de los acuerdos y contratos firmados por los operadores.

Sin rehuir su responsabilidad en la resolución de los conflictos, su intervención no es tan intrusiva, si se nos permite utilizar esta expresión, que en el caso de que uno de los operadores hubiera sido declarado dominante en un mercado determinado y contra él se presentara una reclamación.

Ello no significa que desaparezcan para los operadores no dominantes ciertas obligaciones que nuestra normativa de telecomunicaciones contempla, por ejemplo, respecto de operadores a quienes la legislación ha reconocido determinados derechos si se quiere privilegiados, aunque lógicos, como son los relativos al la ocupación del dominio público y privado a fin de instalar las redes de telecomunicaciones.

Este es el caso de la operadora DESARROLLO DEL CABLE. Como titular de una licencia C1 otorgada por la CMT, en su licencia y en contrapartida a los derechos que se le reconocen, se detallan ciertas obligaciones que debe respetar, entre ellas, y en lo que aquí concierne, el principio de no discriminación.

El respeto a este principio, entre otros, se destaca en el punto 2 del apartado 2 (obligaciones) de la licencia /"Ofrecer a sus clientes fibra óptica conforme a los principios de objetividad y no discriminación), y en el punto 6 de ese mismo apartado por remisión al todavía vigente artículo 7 del Reglamento del Servicio Universal.

La aplicación del principio de no discriminación no resulta a veces sencilla, de ahí que en pocas ocasiones la CMT haya acudido a él para resolver conflictos entre operadores o imponer obligaciones. A pesar de estar bien asentado hasta ahora en nuestra normativa y en el régimen de obligaciones contenido en las licencias de los operadores, su apreciación exige comprobar identidad de situación y desigual trato, lo cual exige extremar la prudencia en la valoración de la concurrencia de estos dos presupuestos.

Al respecto, durante la tramitación del expediente se ha reclamado de la operadora DESARROLLO DEL CABLE la remisión de contratos de arrendamiento de fibras ópticas de la que es titular, lo que ha permitido contar con elementos comparativos siquiera mínimos para pronunciarse sobre una eventual discriminación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La resolución, con escasa fundamentación, estima en nuestra opinión sin un juicio sereno y detallado como merecía, la inexistencia de discriminación, una vez "comparados los diferentes contratos".

A la CMT cumple especialmente en el presente caso velar por el respeto de este principio por dos razones esenciales:

- Porque estos contratos, como no podía ser de otra manera, se declaran confidenciales, con lo que la contraparte en el conflicto carece de elementos de juicio para poder siquiera pronunciarse sobre una eventual discriminación.
- Porque DESARROLLO DEL CABLE, como titular de derechos especiales y exclusivos adquiridos de acuerdo con su normativa específica en el sector del gas, está obligada a adaptar los derechos y obligaciones que tuviera adquiridos con anterioridad al otorgamiento de su licencia al régimen de ésta última, que, como hemos indicado, le impone expresamente la obligación de no discriminación.

Este aspecto es esencial en el ámbito de la discriminación por cuanto el contrato concluido con AUNA y que es la razón del presente conflicto fue concluido antes del otorgamiento de la preceptiva licencia a Desarrollo del Cable, mientras que todos los contratos remitidos a efectos de su comparación son posteriores a la licencia, esto es, se supone que ajustados a la misma.

A este respecto, cabe recordar e insistir de nuevo que a Desarrollo del Cable se le impuso excepcionalmente, como a otros operadores procedentes de sectores con derechos exclusivos para la construcción de infraestructuras (ferrocarriles, sin ir más lejos), la obligación expresa en su licencia de adaptar al régimen de la misma las obligaciones y derechos contraídos con terceros a los que hubiera alquilado fibra óptica con anterioridad a su otorgamiento.

No se trata tampoco de imponer una adaptación completa de un contrato firmado entre partes en régimen de libertad de acuerdos por el hecho de que se concluyera antes del otorgamiento de una licencia y por contener cláusulas diferentes a contratos ulteriores. Nada más lejos del principio de no discriminación que el principio de uniformidad.

Ahora bien, si a primera vista se aprecian cláusulas esenciales que afectan a los derechos y obligaciones de las partes y que generan un trato discriminatorio respecto de un operador, la CMT debe pronunciarse sobre ellas y emitir un juicio adecuado y proporcionado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal es el caso presente. Descartando cuestiones esenciales como son el precio o el volumen de fibras contratadas, en los que no queda clara la discriminación y por ello no se entiende concurrente incumplimiento de obligación alguna, en lo que hace a la duración, ligada con la posibilidad de instar una revisión del contrato e incluso su resolución, siempre con el pago de la indemnización procedente, se advierte una discriminación entre el trato conferido a AUNA y a otros operadores con contratos de alquiler de fibra óptica.

Se destacaba en la enmienda presentada como de los contratos remitidos, al menos en uno de ellos también de larguísima aunque inferior duración al aquí examinado (30 años), se conferían al operador arrendatario dos derechos inexistentes en el contrato con AUNA:

- El derecho o posibilidad de instar la modificación del contrato, sin perjuicio de la revisión anual (IPC) cuando las condiciones de mercado relativas al arrendamiento de fibra óptica y/o el marco legal o reglamentario aplicable al mismo cambien sustancialmente de tal forma que los compromisos asumidos resulten gravosos o desproporcionados en comparación con el mercado, afectando a su posición competitiva.
- El derecho a la rescisión unilateral, una vez cumplida una parte del contrato, pagando cierto número de mensualidades por cada año que restara hasta la finalización del contrato.

Este tipo de cláusulas moderan el hipotético efecto abusivo que podría tener una vinculación entre partes por períodos tan largos de tiempo, sorprendentes en un sector como las telecomunicaciones y aunque se trate de la materia prima más elemental y menos susceptible a la innovación tecnológica.

Adviértase como la duración de este contrato supera incluso el período de duración de la licencia otorgada al arrendador.

Pues bien, como se insistió en debida forma en el debate de la cuestión, la discriminación se concretaría en la falta de reconocimiento a AUNA de estos dos derechos reconocidos a otros operadores con contratos de larga duración, sin entrar en ningún caso a determinar de que manera concreta debería DESARROLLO DEL CABLE eliminar esa discriminación.

De esta manera la CMT sería respetuosa con el principio de libertad de pactos entre operadoras, con el derecho de esas mismas partes para acudir a la vía arbitral o judicial a fin de resolver sus discrepancias contractuales, pero sin eludir al tiempo su competencia y responsabilidad para dirimir en un conflicto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como el presente el cumplimiento de obligaciones que a las partes incumben y que además son el génesis del propio conflicto.

Sin perjuicio de lo anterior no pueden dejar de comentarse dos pronunciamientos de la resolución que se consideran desacertados:

- El primero de ellos es el análisis sobre la concurrencia o no en el presente caso de un derecho de AUNA a revisar el contrato con apoyo en el principio del derecho civil contractual que permite la revisión de los contratos por modificación de las condiciones que justificaron la contratación inicial ("cláusula rebus sic stantibus").

Sin entrar a valorar si procedería o no en vía civil la estimación de la revisión del contrato por esta causa, parece improcedente, por ser su análisis innecesario al objeto del presente conflicto, que esta Comisión emita un juicio al respecto que, como no le escapa a nadie, podría ser utilizado como opinión fundada por proceder de un organismo regulador como la CMT- en un litigio civil que se pudiera suscitar.

- El segundo y último se refiere a la interpretación que sobre la concurrencia del principio de igualdad de trato establecido en el artículo 7 del Reglamento del Servicio Universal se realiza en la propuesta.

Este principio y su corolario obligación aparece expresamente recogida en la licencia de Desarrollo del Cable y en el resto de licencias C1 similares. En la resolución la interpretación que se hace viene a introducir cierta confusión sobre el régimen de obligaciones que serían exigibles a estos operadores por cuanto las analiza y valora desde la perspectiva de las relaciones que se deben tener con los usuarios consumidores de servicios de telecomunicaciones, cuando queda claro de los términos de sus títulos habilitantes que estos operadores prestan servicios mayoristas, de red, a otros operadores.

El conflicto se produce entre dos operadores y parece absurdo interpretar obligaciones como si de relaciones con usuarios se tratara.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resulta improcedente por ello remitir a otras instancias la vigilancia de estas obligaciones o interpretarlas en clave de protección de los derechos de los consumidores y usuarios. La correcta interpretación debería ser respetuosa con la naturaleza del servicio prestado que, se reitera, es mayorista.

Madrid, 6 de febrero de 2004

Elisa Robles Fraga

Reinaldo Rodríguez Illera

Antoni Elías Fustè

Luis Bermúdez Odriozola