



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

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

### **CERTIFICA**

Que en la sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de diciembre de 1998, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**RESOLUCION EN EL EXPEDIENTE SOBRE LA SOLICITUD DE INTERVENCION PRESENTADA POR SUPERCABLE SEVILLA, S.A. Y SUPERCABLE ANDALUCIA, S.A. EN RELACION A LA CONDUCTA DE TELEFONICA, S.A. EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES POR CABLE EN LA DEMARCACION TERRITORIAL DE SEVILLA CAPITAL.**

### **HECHOS**

**Primero.-** Mediante escrito con fecha 15 de septiembre de 1998, cuya entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha sido registrada el día 18 del mismo mes, el representante de SUPERCABLE ANDALUCIA, S.A. (en adelante SUPERCABLE) se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) y puso de manifiesto ante la misma la conducta de TELEFONICA, S.A. (en adelante TELEFONICA) en un concreto mercado relevante, a saber, la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable de la demarcación territorial de Sevilla capital, solicitando su intervención a los efectos de:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a). Proceder a la apertura de expediente administrativo.
- b). Adoptar con carácter cautelar las resoluciones que fueren necesarias para impedir que TELEFONICA, bien directamente o a través de sociedades de su Grupo, continúe llevando a cabo la actividad aducida en el escrito de referencia.

**Segundo.-** Dicha actividad, llevada a cabo en la demarcación territorial antes citada, consiste en el envío de un escrito (del que se adjunta copia) al presidente de la comunidad de propietarios de un inmueble en la capital sevillana, por parte de TELEFONICA, solicitando el permiso necesario para proceder a la instalación de nuevas infraestructuras que posibilitarán el acceso a facilidades y servicios de telecomunicaciones adicionales.

**Tercero.-** El solicitante entiende existe una transgresión de la legalidad vigente en la que incurre el operador dominante, a saber:

- a). Vulnera la normativa sectorial aplicable en España a la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable (a saber, la disposición transitoria primera, apartado 6, letra d) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en adelante LGT) al no respetar el período de tiempo que preceptivamente se impone a TELEFONICA antes de que ésta pueda comenzar a prestar servicio en el marco del pertinente título habilitante y del contrato concesional que haya debido formalizar.
- b). Es asimismo y consiguientemente contraria al Derecho de la Competencia por cuanto constituye un abuso de posición dominante, al entorpecer el desarrollo y la implantación del segundo operador en la demarcación territorial afectada.
- c). Por otra parte, aduce SUPERCABLE, se ocultan intencionadamente a los destinatarios de los escritos de referencia, determinados extremos, a saber: los relativos al contenido de los futuros servicios, a la entidad proveedora de los mismo (no se especifica si será TELEFONICA o su filial TELEFONICA CABLE, S.A.) y a la no disponibilidad de esos servicios en tanto no transcurra la moratoria preceptiva.

**Cuarto.-** Con fecha 20 de octubre de los corrientes se recibió en la CMT escrito de la entidad SUPERCABLE SEVILLA, S.A. (en adelante SUPERCABLE SEVILLA), en el que se deja constancia de los siguientes extremos:

- la condición de SUPERCABLE SEVILLA como promotora de la incoación del expediente que nos ocupa, junto con SUPERCABLE, condición ésta que por error se omitió en el escrito presentado con fecha 18 de septiembre de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1998. Se solicita pues la consideración de parte directamente afectada en dicho expediente.

- la existencia de intereses comunes y accionariado análogo de ambas entidades.
- la ratificación de SUPERCABLE SEVILLA en los hechos puestos de manifiesto en su día por el solicitante SUPERCABLE, delimitándolos a la demarcación territorial de Sevilla capital.

**Quinto.-** A la vista de la solicitud de intervención presentada, y sobre la base de las competencias otorgadas por el legislador a esta Comisión, se dirigió a las partes directamente interesadas sendos escritos, con fecha 23 de septiembre de los corrientes, en virtud de los cuales se ponía en su conocimiento la apertura de expediente administrativo en el asunto de referencia, así como la posibilidad de presentar las alegaciones que estimasen oportunas.

**Sexto.-** En respuesta al escrito recibido, TELEFONICA solicitó con fecha 19 de octubre de los corrientes el archivo de expediente por desestimación de la denuncia contra ella formulada, alegando:

- Que de conformidad con la normativa vigente, ha de entenderse que la limitación temporal de dieciséis meses refiere al inicio de la prestación del servicio, lo que no impide que durante este plazo se puedan llevar a cabo trabajos tendentes a la preparación y despliegue de la infraestructura necesaria para la referida prestación del mismo una vez transcurrido el plazo de la moratoria.
- Que el despliegue de esta infraestructura requiere la instalación de la red de distribución hasta los derivadores y la prolongación de esta red hasta el interior de los edificios, para lo cual es necesaria la obtención de los pertinentes permisos de las Comunidades de Propietarios, tal como se refleja en el escrito de TELEFONICA que SUPERCABLE adjunta a su expediente. En ningún caso se ha realizado instalación alguna en el interior de viviendas, ni se transporta señal de naturaleza analógica o digital por la prolongación de red anteriormente mencionada.
- Que en ningún caso, estas actuaciones pueden entenderse como inicio de la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, sino como actuaciones preparatorias de dicha prestación, tal y como ha reconocido esa Comisión en su Resolución de 5 de febrero de 1998 (Referente a la consulta formulada por CABLE I TELEVISIÓ DE CATALUNYA, S.A.) al señalar que se trata de actuaciones “que, aunque vinculadas a la prestación de ese servicio, no constituyen dicha prestación en si misma, sino



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operaciones que le permitirán a TELEFONICA competir en los mercados afectados, preparando su futura entrada en los mismos...”.

Esta misma opinión ha sido reiterada por esa Comisión en la Resolución adoptada en el expediente sobre a la solicitud de intervención presentada por RETECAL SOCIEDAD OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES DE CASTILLA Y LEÓN, S.A. en relación con la conducta de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. en el mercado de los servicios de telecomunicación por cable de la demarcación de Castilla y León.

- Que TELEFONICA no ha mantenido contacto alguno con potenciales clientes de cara a iniciar posibles relaciones contractuales o precontractuales para al prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en la citada demarcación.

**Séptimo.-** Con fecha 23 de octubre de 1998, y conforme a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 84, esta Comisión procedió a dar trámite de audiencia a los solicitantes, que con fecha 9 de noviembre de los corrientes se ratificaron en sus alegaciones iniciales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **I. Por lo que a la legislación sectorial de aplicación y las exigencias de la libre competencia se refiere.**

SUPERCABLE SEVILLA es concesionaria para la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla capital, en virtud de la correspondiente orden del Ministerio de Fomento de 21 de octubre de 1997, firmándose el contrato concesional el 19 de diciembre de 1998.

SUPERCABLE es la entidad adjudicataria, en virtud de las resoluciones del Ministerio de Fomento de 26 de febrero de 1998, de las concesiones para la prestación, en régimen de gestión indirecta, del servicio de telecomunicaciones por cable y para la instalación de redes que le sirvan de soporte en las demarcaciones territoriales de Andalucía I, II y III. Obtenidos los títulos habilitantes pertinentes, formalizó los preceptivos contratos concesionales el 19 de mayo de 1998.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ambas sociedades son jurídicamente independientes, pero tienen intereses comunes y accionariado análogo, como en su momento puso de manifiesto SUPERCABLE SEVILLA.

Por su parte, TELEFONICA obtuvo el título habilitante correspondiente en virtud de lo previsto por la disposición adicional segunda de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre de 1997, de las Telecomunicaciones por Cable, modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en la disposición adicional primera del Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable (en adelante RTPSTC), suscribiendo el contrato concesional pertinente el 19 de mayo de 1998.

A título aclaratorio se significa que a lo largo de la presente Resolución se reiterarán las referencias a ambos textos normativos. La Ley 42/1995 ha quedado derogada en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 11/1998, de 24 de abril. Ello no obstante, obsérvese que a tenor de lo dispuesto por la propia LGT en su disposición transitoria primera, apartado 6 se mantienen los derechos y obligaciones derivados de los títulos habilitantes que otorgan derechos exclusivos o especiales, entre ellos los concedidos al amparo de la Ley 42/1995, hasta el momento en que se proceda a la preceptiva transformación de dichos títulos. En el caso que nos ocupa y hasta la fecha, no ha sido transformada la concesión administrativa de ninguno de los solicitantes. Por consiguiente, sigue siendo oportuna y necesaria la referencia a las previsiones de esta última en su condición de fundamento jurídico de lo resuelto por esta Comisión.

En lo que concierne al RTPSTC, la Ley 11/1998 deroga aquellas disposiciones de rango inferior a la misma que se opongan a lo previsto por la propia LGT, manteniendo vigente la normativa de desarrollo de la legislación aplicable hasta su entrada en vigor en tanto en cuanto sea compatible con sus previsiones, particularmente en materia de libre competencia. En el caso que nos ocupa, se estima acorde a las exigencias aperturistas del nuevo entorno competitivo lo dispuesto por el Reglamento de referencia, a la vista de lo cual se predica de éste la misma conclusión expuesta con anterioridad.

El marco regulador del cable en España ha tardado en clarificarse, y ello ha tenido su importancia, especialmente en un negocio como éste, nuevo y a largo plazo, en el que las inyecciones de capital son intensivas y los retornos se toman su tiempo. El diseñar en clave jurídica un *modus operandi* determinado, en un contexto de lealtad de comportamientos, facilita la configuración de un sector plural y competitivo que sabe básicamente a qué atenerse, en términos de cuándo y cómo. No se trata de sobrerregular, sino de acompañar suficientemente la dinámica de mercados y las mutaciones tecnológicas, que al fin y al cabo son quienes marcan la pauta.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 42/1995, puso fin a lo que se consideraba una situación anómala, comenzando a despejar la incógnita normativa existente. Sus previsiones son suficientemente claras como para empezar a delimitar el terreno de juego, a saber : concesión de licencias, posición de TELEFONICA, límites de capital de empresas extranjeras, figura de los programadores independientes y continuidad de las redes existentes con anterioridad. En el clima de liberalización que acentúa el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, el Real Decreto 2066/1996, de 26 de septiembre y la Ley 12/1997 de 24 de abril, han introducido y desarrollado modificaciones que acercan el marco regulador a lo que son las exigencias de un mercado aperturista y con legítimo ánimo de lucro.

Visto con perspectiva, el negocio del cable debe responder a planteamientos realistas, económicamente viables y socialmente aceptables. La buena comprensión del mismo pasa necesariamente por una oferta global de servicios de telecomunicación y multimedia. Así, la normativa sectorial acompaña también esta concepción genérica del cable multiuso, pasando de ser una normativa del cable a una normativa de telecomunicaciones por cable.

En este contexto, y a fin de hacer extensible al segmento del cable el movimiento de apertura que inspira la trayectoria a seguir por el sector español de telecomunicaciones en su conjunto, el legislador, en el marco de las previsiones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (artículo 35 del RTPSTC), introduce una serie de elementos, tanto permisivos como restrictivos, ordenados a la supresión de determinadas barreras fácticas y jurídicas, y a posibilitar la existencia de un sector abierto que alcance los deseables niveles de competencia efectiva :

- Habilita al concesionario para establecer y utilizar su propia red de cable, bien de nueva construcción, bien existente con anterioridad, con lo cual se elimina el vínculo de dependencia que el concesionario alternativo pudiera tener en relación al operador dominante y, consiguientemente, un supuesto de potencial comportamiento abusivo por denegación de acceso o aplicación de condiciones desfavorables :

a). “La Ley introduce (...). modificaciones en la regulación actual en el campo de las infraestructuras, al permitir la existencia de un nuevo operador de infraestructuras de comunicaciones, por demarcación distinto de los prestadores de servicios portadores previstos en el artículo 14 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (...).” (Preámbulo de la Ley 42/1995)

b). *“Una vez adjudicada la concesión, el concesionario deberá establecer la red de cable necesaria para la prestación del servicio, a cuyo efecto podrá utilizar redes e infraestructuras ya existentes o construir las infraestructuras necesarias*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*para el transporte y distribución de las señales en su demarcación". (Artículo 7.1 del mismo texto legal, así como el artículo 23 del RTPSTC).*

*c). "El título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable llevará aparejado el derecho a establecer la red e infraestructura necesarias para las redes de cable que le sirven de soporte, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1997 (...). y demás disposiciones de aplicación sobre dichos servicios". (Artículo 2 del citado RTPSTC).*

- Va más allá de la mera transmisión de señales de TV y posibilita a los concesionarios la prestación global de servicios de telecomunicaciones y multimedia por cable, conceptuados como suministro o intercambio de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cable:

*a). "El operador de cable tendrá los siguientes derechos : a) Prestar el servicio de telecomunicaciones por cable en su demarcación; e) Utilizar su red de cable: -para prestar servicios de valor añadido (...); -para prestar servicios portadores a otros servicios de telecomunicación (...); -para prestar servicios finales de telecomunicaciones por cable en el ámbito de su demarcación, incluido el servicio telefónico básico (...)" (Artículo 9, apartado 1, letra e, de la Ley 42/1995, tal y como ha sido modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril).*

*b). "A partir del 1 de enero de 1998 los operadores de cable, en sus respectivas demarcaciones, podrán prestar el servicio final de telefonía básica a todos los usuarios (...)" (Disposición transitoria segunda del mismo texto legal, sobre la base de la referida modificación).*

*c). "Los servicios para cuya prestación habilita el título concesional de telecomunicaciones por cable son los siguientes : a) Servicio portador de telecomunicaciones (...); b) Servicios de difusión, servicios de vídeo bajo demanda y de vídeo a la carta (...); c) Servicios de valor añadido, en especial los relacionados con formatos multimedia y con aplicaciones informáticas (...);*

*d). Servicios finales, en especial el de telefonía básica, a partir de la fecha de su efectiva liberalización (...)" (Artículo 28 del RTPSTC).*

- Establece límites en relación al número de abonados y a la toma de control directo o indirecto de las sociedades adjudicatarias, a fin de evitar posibles situaciones anticompetitivas en el mercado, pudiendo el Gobierno, a propuesta de la CMT, suprimir o modificar dichas prohibiciones : artículo



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4, apartado 3 de la Ley 42/1995, tras su modificación por la Ley 12/1997, y artículo 12, apartado 4 del RTPSTC.

Como se ha significado en la relación de HECHOS efectuada al inicio de esta Resolución, los solicitantes ponen de manifiesto en su escrito que TELEFONICA vulnera la legislación de sectorial de aplicación en cuanto al preceptivo período de espera que se impone al operador dominante. Conforme a la LGT, en su disposición transitoria primera, apartado 6, letra d), *“en las demarcaciones a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, respecto de las que se hayan adjudicado concursos o se haya iniciado el procedimiento para su adjudicación antes de la entrada en vigor de esta Ley, “Telefónica de España, Sociedad Anónima”, no podrá iniciar la prestación del servicio hasta transcurridos dieciséis meses a contar desde la resolución que otorgue la concesión del servicio de telecomunicaciones por cable.*

*El Gobierno, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá retrasar hasta un máximo de veinticuatro meses o adelantar la fecha de inicio de las actividades de “Telefónica de España, Sociedad Anónima” relativas a la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, en los mencionados ámbitos territoriales, en los supuestos en que tal medida resulte necesaria para la existencia de una competencia efectiva en el referido ámbito y no se perjudiquen la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable y no se perjudiquen los intereses de los usuarios”.*

El nuevo texto legal retrasa pues el momento en que TELEFONICA puede prestar servicios de telecomunicaciones por cable, y básicamente lo hace en los mismos términos que su predecesora en el asunto que nos ocupa, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, tal y como había sido modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Se mantienen igualmente las competencias de esta Comisión en cuanto a su propuesta al Gobierno para aumentar o disminuir la duración de la moratoria preceptiva.

Los solicitantes ponen de manifiesto en el escrito dirigido a esta Comisión que TELEFONICA infringe, con la actuación en su momento descrita, la moratoria de referencia preceptivamente impuesta, por cuanto el operador dominante *“ (...) está llevando a cabo una labor de captación cautiva de potencial clientela, que está privando de eficacia al plazo de moratoria previsto legalmente, (...) ”.*

La solicitud de intervención de SUPERCABLE y SUPERCABLE SEVILLA plantea pues la necesidad de delimitar la tipología de actuaciones que puede llevar a cabo el operador dominante antes de que finalice el período de dieciséis meses impuesto por el legislador. A juicio de la entidad solicitante, la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

petición de permiso para la ulterior instalación de infraestructura por parte del operador dominante, antes de que finalice el período de dieciséis meses impuesto por el legislador, constituye una infracción de la normativa sectorial en vigor, así como la oferta de futuros servicios a potenciales clientes.

Por lo que a la instalación de infraestructura se refiere, con arreglo a los artículos 7 y 23 de la Ley 42/1995 y del RTPSTC, respectivamente, el concesionario no sólo podrá sino que deberá proceder a la instalación de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio *“una vez adjudicada la concesión (...)”*. El legislador está pues posibilitando el llevar a cabo, desde la fecha de resolución del concurso mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión, una actuación que, aunque vinculada a la prestación del servicio, no constituye dicha prestación en sí misma, sino una operación que permitirá a TELEFONICA competir en los mercados afectados, preparando pues su ulterior entrada en los mismos, pero sin permitirle satisfacer, antes del transcurso de la preceptiva moratoria, las necesidades de los usuarios mediante la provisión efectiva de los servicios que nos ocupan.

Siguiendo esta misma línea, la citada disposición adicional segunda de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, en su apartado 3, se refiere literalmente a la *“prestación”* del servicio, no a operaciones o actuaciones (como el establecimiento de infraestructura y la solicitud de los permisos correspondientes) que, aunque conexas a ella, no pueden ser consideradas como prestación, sino como prolegómenos que anticipan una posterior prestación. Los posibles inconvenientes que tales actuaciones pudieran suponer a los concesionarios alternativos, si así fuere, no han de ser considerados como consecuencias de un comportamiento abusivo por parte del operador dominante, sino como exigencias propias e inevitables de todo mercado aperturista.

En razón de las consideraciones anteriormente expuestas, la CMT considera que el despliegue de infraestructura que TELEFONICA lleve o pueda haber llevado a cabo, así como la solicitud de los permisos pertinentes, no constituyen un incumplimiento de la moratoria impuesta por el legislador, sino actividades no reprochables conforme a la normativa sectorial de aplicación.

En lo que a la aducida oferta de futuros servicios se refiere, cumple significar que cuando el legislador impone a TELEFONICA la moratoria de continua referencia, lo hace en el contexto de la trayectoria aperturista de la normativa sectorial española, de los elementos liberalizadores que se han previsto con carácter extensivo para el segmento de las telecomunicaciones por cable (a los que anteriormente nos hemos referido) y con la finalidad de garantizar *“la existencia de una competencia efectiva”*, como consta en la ya citada disposición transitoria primera de la LGT, que tiene además en cuenta la debida protección de los intereses de los usuarios.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es precisamente este espíritu de la Ley el que permite englobar en el concepto de “*prestación*” del servicio una tipología distinta de actividades que, al igual que la instalación de infraestructuras, preparan la efectiva provisión del servicio *stricto sensu* considerada, y sin embargo no pertenecen a la categoría de simples prolegómenos de dicha provisión, sino que, además de permitirle al operador dominante preparar un posterior posicionamiento en los mercados afectados, presentan un vínculo íntimo y especial con la efectiva provisión del servicio y forman parte pues de la noción de “*prestación*” entendida ésta en sentido amplio. Nos referimos a aquellas actividades, a saber, publicidad, oferta de servicios, envío de contratos o precontratos, conclusión de relaciones contractuales o precontractuales y cualesquiera otras en las que se acentúe el vínculo entre potenciales clientes y operador dominante de cara a la efectiva satisfacción de las necesidades de los primeros.

En razón de estas consideraciones, esta Comisión estima que una eventual oferta de futuros servicios sería incompatible con la exigencia de la disposición transitoria primera de la LGT, en su apartado 6, letra d). Asimismo estima que, a la vista de los elementos probatorios presentados por los solicitantes y de las alegaciones aducidas por TELEFONICA, la actividad llevada a cabo por ésta cuando entra en contacto con determinados presidentes de comunidades de propietarios de inmuebles, no existe una auténtica oferta de servicios, sino una referencia a las prestaciones de las que podría disponer el inmueble en cuestión, referencia ésta que operaría como factor de motivación y justificación de la solicitud formulada por el operador dominante. En consecuencia y a ese respecto, no existe por parte de éste vulneración de la moratoria que vincula a TELEFONICA en lo que al inicio de la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable se refiere.

Los operadores de cable, al formular en su escrito la solicitud de intervención de continua referencia, ponen de manifiesto que la conducta del operador dominante en los mercados afectados es contraria a derecho no sólo por infringir la normativa sectorial de aplicación, como hasta ahora se ha visto, sino por constituir además un abuso de posición dominante incompatible con las exigencias de la libre competencia. Así, la distorsión que se produce beneficia a TELEFONICA, impidiendo a los nuevos operadores (entre ellos los solicitantes), que en su momento asumieron determinados compromisos, la penetración del mercado se referencia durante el período de preceptiva moratoria. En última instancia, el perjudicado sería el usuario del servicio.

El RTPSTC establece en su disposición transitoria que TELEFONICA “*tendrá la consideración de operador dominante en las demarcaciones en las que obtenga título habilitante hasta que se establezcan los dominantes en cada demarcación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de este Reglamento*”. Atendiendo pues a la posición que ocupa el antiguo monopolio, el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

legislador fijó en su momento una serie de cautelas que tenían por objeto posibilitar la entrada y permanencia en los mercados afectados de los nuevos operadores de cable, contribuyendo así a paliar el evidente desequilibrio de posiciones entre actores. Dichas cautelas se canalizan a través de un régimen específico (disposiciones adicionales segunda y primera de la Ley 42/1995 y del RTPSTC, respectivamente) al que se sujeta la prestación de servicios por parte del operador dominante, imponiéndole determinadas obligaciones, a saber :

- a). Uso de sus propias infraestructuras, que habrán de soportar de forma integrada el servicio por cable con el servicio telefónico básico.
- b). Manifestación expresa y vinculante de su disposición a prestar o no prestar el servicio en la demarcación de que se trate, con carácter previo a la convocatoria del concurso pertinente.
- c). Prohibición de presentarse a los concursos para obtener una concesión, y de participar directa o indirectamente en el capital de los concesionarios, con la salvedad prevista en el punto siguiente.
- d). Prestación del servicio con las mismas características y en las mismas condiciones que el otro concesionario habilitado, y a través de una sociedad en cuyo capital participe en más del cincuenta por ciento, limitándose el número de abonados y la toma del control directo o indirecto de dicha sociedad.
- e). Prohibición de subvenciones cruzadas entre telefonía básica y servicio por cable, así como obligación de contabilidad separada.
- f). Suministro, a los distintos operadores de cable, de sus infraestructuras conforme a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, y de acuerdo con determinadas características técnicas y económicas.
- g). Puesta a disposición de terceros interesados de información sobre las infraestructuras inicialmente disponibles y las condiciones de su suministro.

*“(...) De esta forma se respeta la posición que para Telefónica de España resulta del contrato celebrado con el Estado, y, al mismo tiempo, se posibilita la existencia de la competencia necesaria en la prestación de estos servicios, debiendo ambos operadores actuar en las mismas condiciones (...)”.* así reza la literalidad del preámbulo de la Ley 42/1995 en uno de sus apartados. Efectivamente, la deseable competencia efectiva parece quedar suficientemente garantizada y las respectivas posiciones suficientemente equilibradas mediante la obligación de espera que el legislador impone en relación a la efectiva prestación del servicio y mediante las restantes cautelas que configuran el referido régimen específico que se prevé para TELEFONICA,



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

en el marco todo ello de la filosofía aperturista que inspira la legislación española de telecomunicaciones y que en su momento se hizo extensiva a la normativa reguladora de la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable.

Como ya ha sido indicado, la propia literalidad de las disposiciones adicionales segunda y primera de la Ley 42/1995 y del RTPSTC, respectivamente, y con posterioridad la LGT, en su disposición transitoria primera, pone de manifiesto cuál ha sido y continúa siendo el espíritu del legislador: la obligación de espera impuesta al operador dominante constituye uno de los elementos del régimen referido cuyo objeto es el de proporcionar, a los concesionarios alternativos, el margen de tiempo suficiente para ir asentándose en los mercados afectados, y poder hacer frente a la posterior presencia de TELEFONICA en los mismos, lográndose así, en definitiva, los necesarios niveles de competencia efectiva.

Por consiguiente, y habida cuenta además de que TELEFONICA no infringe con su comportamiento en los mercados afectados, como ya ha sido fundadamente manifestado, las citadas garantías de la libre competencia previstas por la normativa sectorial de aplicación, la CMT discrepa del criterio sostenido por las entidades SUPERCABLE y SUPERCABLE SEVILLA en cuanto a la existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de TELEFONICA. No existe tal infracción de las reglas de un entorno económico abierto, sino una actividad no reprochable conforme al Derecho de la Competencia e incardinada en la esfera de la legítima defensa de los intereses comerciales, propia de toda economía de mercado.

### **II. Desde la óptica de una eventual deslealtad de comportamientos.**

Por último, los solicitantes hacen referencia en su escrito al hecho de que TELEFONICA, en la carta dirigida a los presidentes de las comunidades de propietarios, omite información sobre determinados extremos, a saber: los relativos al contenido de los futuros servicios, la especificación de cuál será la entidad que los preste (TELEFONICA o su filial TELEFONICA CABLE, S.A.) y a la no disponibilidad de los mismos hasta haber transcurrido la moratoria preceptiva.

Al respecto, esta Comisión significa, como ya lo ha hecho en ocasiones anteriores, que los comportamientos de mera deslealtad pertenecen a una esfera competencial ajena a las funciones y atribuciones de la CMT. El legislador le habilita para conocer y pronunciarse a título principal sobre comportamientos que atenten contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el juego competitivo. Las conductas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desleales no vulneran *per se* los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados.

Sin embargo, sí que son susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en su artículo 7, así como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia (resolución de 3 de noviembre de 1995), prevén la posibilidad de que un comportamiento desleal vulnere las exigencias de la libre competencia si el comportamiento en cuestión rebasa el ámbito de la mera deslealtad y tiene un impacto significativo sobre el mercado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento.

Es la presencia de este nexo indirecto y cualificado lo que legitima la intervención de esta Comisión en materia de competencia desleal, intervención ésta que se efectuará no a título principal, como corresponde a los tribunales ordinarios, sino a título incidental, a los efectos de resolver sobre una conducta anticompetitiva provocada por un comportamiento desleal de especial relevancia.

La CMT entiende que una eventual valoración de la omisión de información alegada por los solicitantes debería de llevarse a cabo no a la luz de los principios y exigencias del Derecho de la Competencia, sino a tenor de lo dispuesto por el marco regulador aplicable a comportamientos pertenecientes a esferas distintas, a saber, los derechos de consumidores y usuarios y la competencia desleal. Habida cuenta que no se estima contraria a la libre competencia la conducta de TELEFONICA, y por tanto no puede hablarse de impacto sensible sobre la estructura competitiva de los mercados afectados, no corresponde a la CMT entrar a valorar o pronunciarse incidentalmente sobre la omisión de referencia.

En razón de todo lo anteriormente expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las funciones reconocidas en el artículo 1.Dos, apartado 2, letra f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril,

### RESUELVE

**Primero.-** Que la conducta de TELEFONICA en los mercados afectados no infringe la moratoria prevista por la normativa sectorial de aplicación para retrasar el inicio de la prestación de los servicios de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones territoriales en las que disponga de título habilitante para operar.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**Segundo.-** Que dicha conducta no constituye una infracción de la libre competencia.

**Tercero.-** Que, en consecuencia, no ha lugar a la adopción de las medidas cautelares requeridas por la entidad solicitante SUPERCABLE.

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, y el artículo 23.2 de la Orden Ministerial 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.

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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, y en el artículo 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M<sup>a</sup> Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola