



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 20 de mayo de 1999, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION DE LA SOLICITUD DE INTERVENCION PRESENTADA POR MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. EN RELACION A LA COMERCIALIZACION CONJUNTA DE SERVICIOS DE TELEFONIA FIJA, TV POR SATELITE Y ACCESO A INTERNET LLEVADA A CABO POR TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES, S.A. (TELYCO).

I. HECHOS.

Primero. Mediante escrito con fecha 4 de diciembre de 1998, cuya entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) ha sido registrada ese mismo día, el representante del operador de servicios de telecomunicaciones por cable MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. (en adelante MADRITEL) se ha dirigido a esta Comisión y ha puesto de manifiesto la conducta de TELEFONICA, S.A. (en adelante TELEFONICA) en materia de publicidad de servicios de telefonía, difusión televisiva digital y provisión de acceso a Internet, solicitando asimismo la intervención de la CMT a los efectos de:

- a). Proceder a la apertura de expediente administrativo.
- b). Llevar a cabo las actuaciones que sean pertinentes con el fin de salvaguardar la libre competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo. Conforme al citado escrito, la actividad publicitaria de referencia, llevada a cabo en diversos medios de prensa, ofrecía la posibilidad de abonarse conjuntamente, a través de TIENDAS TELEFONICA, a los servicios de telefonía fija (prestado por TELEFONICA, S.A.), televisión digital (prestado por DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. con la marca o nombre comercial VIA DIGITAL), y acceso a Internet (prestado por TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. con la marca o nombre comercial TELELINE).

Tercero. Según el solicitante, en la fecha de presentación de su escrito la oferta en cuestión no se encontraba a disposición del público en las TIENDAS TELEFONICA, en contra de lo afirmado en la publicidad difundida por TELEFONICA.

Se trata, a juicio de MADRITEL, de una actuación que podría atentar gravemente contra la libre competencia al suponer una barrera a la entrada en el mercado de los nuevos operadores del cable, y ser además una conducta que burla lo establecido por la normativa sectorial de aplicación respecto de la moratoria impuesta a TELEFONICA para operar en el sector de las telecomunicaciones por cable.

Asimismo, abunda el solicitante, la conducta denunciada podría considerarse un acto de competencia desleal, al inducir a error a los consumidores y al potencial usuario del cable respecto a la naturaleza, distribución, características y ventajas realmente ofrecidas.

Respecto a la venta conjunta de servicios de TELEFONICA y de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. (en adelante VIA DIGITAL), participada por la primera en menos del 50 %, el solicitante señala que un acuerdo de venta conjunta de servicios requeriría la autorización de las autoridades nacionales de defensa de la competencia o de la Comisión Europea, con lo que la publicidad denunciada agravaría la situación expuesta.

Cuarto. Mediante escritos de fecha 14 de diciembre de 1998 esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) puso en conocimiento de los interesados que, en virtud de la solicitud de intervención presentada el 4 de diciembre de 1998 por la entidad MADRITEL, quedaba abierto el procedimiento administrativo que nos ocupa.

Quinto. Al escrito dirigido a TELEFONICA le fue incorporado un requerimiento de información que, sobre la base del artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, solicitaba la remisión de ciertos datos relativos a la campaña publicitaria llevada a cabo por TELEFONICA, a saber:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Criterios a los que responde el lanzamiento de la campaña publicitaria objeto de este expediente.
- Características del producto ofrecido en la citada campaña publicitaria.
- Duración en el tiempo de la campaña.
- Disponibilidad del producto ofrecido en las TIENDAS TELEFONICA, y fecha desde la cual está disponible en dichos establecimientos.
- Eventual acuerdo existente entre TELEFONICA o alguna de sus filiales, y VIA DIGITAL, para la oferta conjunta de productos y servicios.

Sexto. TELEFONICA respondió a dicho requerimiento mediante un escrito de fecha 29 de diciembre de 1998 (fecha de entrada en el Registro de la CMT 30 de diciembre de 1998), en el que se comunicaba que se había planteado conflicto de atribuciones ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, solicitando de la CMT suspendiese en el ínterin la tramitación del expediente de referencia hasta la resolución de aquél.

Séptimo. La CMT, en escrito de fecha de 23 de febrero de 1999 (con fecha de salida 25 de febrero de 1999, y con la misma fecha de recepción por el destinatario), comunicó a TELEFONICA que, dada la naturaleza jurídica de esta Comisión y el procedimiento legal vigente para resolver los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración Pública, y puesto que hasta la fecha la CMT no había tenido conocimiento de que se hubiera formulado por el Ministerio de Economía y Hacienda conflicto de atribuciones alguno sobre la cuestión formulada por TELEFONICA en relación con el expediente de referencia, no procedía acceder a la solicitud de paralización de la tramitación del expediente ME 70/98 en cuestión.

Octavo. En razón de todo ello, sobre la base de la habilitación competencial y motivación antes referidas, se reiteró en idénticos términos a TELEFONICA el requerimiento de información formulado por esta Comisión con fecha 14 de diciembre de 1998.

Noveno. Con fecha 4 de marzo de 1999, TELEFONICA comunica a esta Comisión que el 26 de febrero de los corrientes ha interpuesto ante el Ministerio de Economía y Hacienda recurso ordinario contra la resolución de la Dirección General de Política Económica y Hacienda, de fecha 22 de enero de 1999, por la que se desestimaba la solicitud formulada por TELEFONICA en el expediente de referencia. Al estar pendiente la resolución del citado recurso, el interesado no estima procedente contestar el requerimiento practicado, y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita nuevamente se deje en suspenso la tramitación del procedimiento. En caso de considerar la Comisión no haber lugar a dicha suspensión, abunda el interesado, se procedería a la inmediata contestación de la petición de información cursada. Considera asimismo que no incurre en incumplimiento reiterado de obligación alguna, pues en el pasado se limitó a instar un conflicto de competencias y en su segundo escrito de no contestación está poniendo en conocimiento de la CMT ciertas circunstancias que podrían motivar la citada paralización.

Décimo. El 16 de marzo de los corrientes TELEFONICA aporta finalmente los datos solicitados, aunque reiterando los argumentos de falta de habilitación competencial de la CMT aducidos al plantear en su momento el conflicto de competencias antes citado.

Se extracta a continuación la réplica del interesado respecto de las alegaciones aducidas por MADRITEL en su escrito de solicitud:

I. Respecto a la no disponibilidad al público en las TIENDAS TELEFONICA del producto ofertado por TELEFONICA, en contra de lo afirmado en la campaña publicitaria correspondiente, el interesado manifiesta que:

a). dicho producto estaba disponible al público desde el primer momento en que la campaña fue lanzada.

b). la publicidad difundida por el interesado no contenía indicación expresa alguna sobre la disponibilidad del producto, ni de fechas de lanzamiento ni de condiciones concretas de contratación del mismo. Ello era así por tratarse no del lanzamiento de una oferta en sentido estricto, sino de una campaña de premarketing que tenía por objeto avanzar el futuro lanzamiento de una oferta, informando y familiarizando así al potencial cliente con el producto en cuestión. Se trata, indica el interesado, de una práctica legítima y habitual en el sector publicitario que no implica abuso ni deslealtad alguna.

A pesar de que, en consecuencia, no era necesario garantizar la disponibilidad de referencia, y a fin de ser escrupulosamente cuidadoso en su comportamiento, el producto publicitado estuvo disponible al público desde el momento mismo del lanzamiento de la campaña publicitaria.

II. Respecto de una eventual vulneración de la libre competencia al constituir la citada oferta una barrera de entrada al mercado para los nuevos operadores de cable y una infracción de la moratoria impuesta al operador dominante para operar en el sector de las telecomunicaciones por cable, TELEFONICA manifiesta su total desacuerdo, ya que el producto presentado por TIENDAS TELEFONICA no incluye televisión por cable, sino por satélite. Consiguientemente, ni el título habilitante para prestar este último servicio es el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mismo que aquél del que han de disponer los operadores de cable, ni lo presta TELEFONICA, sino la sociedad VIA DIGITAL, ni se hace uso de la red de cable perteneciente a TELEFONICA, ni ha de prestarse de forma integrada con el servicio telefónico disponible al público.

III. En cuanto a una posible deslealtad de la campaña publicitaria, al inducir a error a los consumidores, el interesado entiende cumple estrictamente con la legalidad vigente, tratándose además de una práctica habitual en el sector. Dada su naturaleza, no produce engaño alguno en el consumidor, limitándose a anunciar el futuro lanzamiento, más o menos inminente, de un determinado producto. Se señala adecuadamente quién ofrece cada tipo de servicio, con referencia expresa a la marca y logotipo correspondientes, separándose al anunciante del producto de los prestadores de servicios.

IV. En relación a la necesaria autorización de la venta conjunta por parte de la Comisión Europea o de las autoridades nacionales de defensa de la competencia, el interesado discrepa totalmente, aduciendo que dicha exigencia no está contenida en el derecho de la competencia ni nacional ni comunitario. La práctica de la Comisión Europea, se abunda, no considera restrictivos los acuerdos de venta o publicidad conjunta entre no competidores, como tampoco lo hace la doctrina comunitaria.

En cuanto a la información requerida por esta Comisión:

- I. La campaña publicitaria lanzada por TELEFONICA entre el 28 de noviembre y el 10 de diciembre de 1998, en prensa, tenía por objeto ofrecer soluciones adaptadas a las necesidades del usuario, así como proporcionar una oferta integral a sus clientes, sin perjuicio de que los productos integrantes de la misma puedan ser contratados de forma individual.
- II. El producto en cuestión consiste en un paquete multimedia ("Pack Multimedia") compuesto por acceso a Internet (TeleLine Básico), paquete básico de VIA DIGITAL y Línea Básica de TELEFONICA.
- III. Los productos citados ya se comercializaban de forma individual con anterioridad a la publicidad de constante referencia. En todo momento ha sido posible su contratación individual, tanto en las TIENDAS TELEFONICA como a través de los restantes canales de comercialización. El "Pack Multimedia" ha estado disponible en las TIENDAS TELEFONICA desde el primer día de la campaña publicitaria en prensa.
- IV. La promotora de la oferta, TIENDAS TELEFONICA, a través de la empresa a la que se ha encomendado su gestión, TELEINFORMATICA



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Y COMUNICACIONES, S.A. (en adelante TELYCO), ha firmado contratos de distribución/agencia con cada una de las empresas titulares de los servicios ofrecidos, habiendo obtenido de éstas confirmación por escrito de su consentimiento y en relación a las condiciones comerciales aplicadas a la oferta de sus respectivos servicios. Dichos contratos no impiden a TELYCO empaquetar productos o servicios de otras empresas.

TELEFONICA adjunta a su escrito una serie de anexos, declarados por ella confidenciales, acreditativos de algunas de sus alegaciones, entre los que figura a). acta notarial que da fe de la disponibilidad de la oferta en las TIENDAS TELEFONICA, de la posibilidad de contratar separadamente los distintos servicios y de las condiciones comerciales aplicables; b). escrito de TELYCO por el que se comunica a las TIENDAS TELEFONICA el inicio de la campaña publicitaria relativa al "Pack Multimedia"; c) escritos de VIA DIGITAL y de TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (en adelante TELELINE) que recogen las condiciones comerciales aplicables a la oferta de sus productos y que permiten presumir con claridad el consentimiento de las empresas implicadas en relación a la oferta lanzada.

Igualmente, ha remitido a esta Comisión a). copia de los contratos (declarados confidenciales por la remitente) de distribución/agencia concluidos en su momento por TELYCO con TELEFONICA, VIA DIGITAL y TELELINE; b). fotocopia del memorándum de la reunión celebrada el 15 de noviembre de 1998 por directivos de TELYCO, en la que se acordaba solicitar de cada una de las empresas proveedoras de los servicios una oferta de precios.

Decimoprimer. Conforme a lo previsto por la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 84, la CMT procedió a dar trámite de audiencia a los interesados, mediante sendos escritos de fecha 6 de abril de los corrientes. MADRITEL y TELEFONICA cumplieron el trámite de referencia mediante escritos de fecha 4 y 6 de mayo de los corrientes, respectivamente, abundando ambos en lo manifestado por ellos a lo largo de la instrucción de este procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

II.A. RESPECTO A LA LEGISLACION SECTORIAL DE APLICACION.

Vulneración de la moratoria impuesta a TELEFONICA para la prestación de servicios telecomunicaciones por cable.

MADRITEL manifiesta en su solicitud de fecha 4 de diciembre de 1998 que el comportamiento de TELEFONICA supone una burla al sentido de la moratoria a la que está sujeta conforme a las previsiones del legislador. Asimismo, en sus alegaciones de 4 de mayo de 1999 señala que la disposición transitoria primera, apartado 6b) de la LGT *“impone a Telefónica un periodo de moratoria en el cual no podrá prestar el servicio de difusión de televisión por cable de forma integrada con el servicio telefónica básico, como concesionaria ex lege del mismo”*.

Abundando en sus afirmaciones anteriores, MADRITEL asevera en ese mismo escrito que la publicidad objeto de este procedimiento constituye una violación de la citada disposición transitoria de la LGT y añade que *“puesto que también controla [Telefónica] el operador de difusión de televisión digital conocido como Vía Digital, no es difícil alcanzar los mismos efectos que si no existiera esta prohibición [la moratoria] . Con esto se consigue ir creando una buena base de clientes que, tan pronto haya transcurrido el periodo de moratoria podrán abonarse, si lo desean, al operador de cable participado por Telefónica en más de un 50% en Madrid. (...)”*. TELEFONICA ha incurrido pues en el fraude de ley previsto por el artículo 6.cuatro del Código Civil, a juicio de la operadora.

Obsérvese que la oferta conjunta objeto de la campaña publicitaria efectuada por TELEFONICA comprende el servicio de TV digital por satélite, a diferencia del paquete de servicios integrados ofrecido o que pueden ofrecer los operadores como MADRITEL, cuya oferta engloba un servicio de difusión televisiva distinto en términos de regulación sectorial, la TV por cable (y ello con independencia de las consideraciones que quepa hacer desde la óptica del derecho de la competencia, como se verá más adelante).

Conforme a la literalidad de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), el período de espera impuesto en su disposición transitoria primera, punto 6, letra d), está expresa y literalmente dirigido a un mercado concreto, el de la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable, que comprende un servicio de difusión televisiva que, se insiste, no es ciertamente la TV por satélite, sino un servicio que lleva aparejado un régimen jurídico específico: a saber, el configurado por la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, cuyas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disposiciones en materia de emisiones televisivas se mantienen en vigor a tenor de lo previsto por la disposición derogatoria única de la LGT.

Esta Comisión se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el sentido, ámbito y condiciones de la moratoria de constante referencia¹. La disposición transitoria de la LGT impide *toda prestación* de servicios de telecomunicaciones por cable, con independencia de que la correspondiente comercialización se efectúe de forma individualizada o bien de forma integrada con otros servicios. Obsérvese que la integración de servicios de TV y de telefonía fija prevista por la Ley 42/1995, así como por su normativa de desarrollo y por los pliegos de bases de los concursos públicos correspondientes, se refiere a integración técnica (de red), no a la comercialización conjunta o empaquetamiento comercial de servicios. Obsérvese asimismo que, a tenor de lo dispuesto por esta Comisión en las citadas resoluciones precedentes, a efectos de delimitar el alcance de la moratoria, la comercialización de servicios forma parte del concepto de prestación de los mismos.

No procedería pues a los efectos señalados (a saber, la aplicabilidad *ratione materiae* de la moratoria al supuesto que nos ocupa) la asimilación de mercados y ofertas en la que incurre el solicitante respecto de los operadores de telecomunicaciones por cable y TELEFONICA. En consecuencia, el comportamiento de ésta última puesto de manifiesto por MADRITEL en el presente procedimiento no estaría vulnerando la legislación sectorial de aplicación en lo que a la moratoria de constante referencia respecta. Sólo una eventual oferta en la que participase TELEFONICA y que, con anterioridad a la correspondiente fecha de vencimiento de la moratoria impuesta, comercializase servicios de TV digital por cable de forma conjunta o individualizada, incurriría en la citada infracción.

Imposibilidad de ofertar conjuntamente servicios de telefonía básica, televisión digital y acceso a Internet.

El solicitante afirma en su escrito de 4 de diciembre de 1998 que *“los operadores [de telecomunicaciones por cable] de conformidad con lo establecido en la normativa vigente así como en sus títulos habilitantes, son los únicos que pueden ofertar de forma conjunta servicios propios de telefonía, televisión e Internet.* MADRITEL no especifica si se trata de TV digital por cable

¹ Resolución de la consulta formulada por Cable i Televisió de Catalunya, S.A., 5 de febrero de 1998; Resolución en el expediente sobre la solicitud de intervención presentada por RETECAL Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A., en relación a la conducta de Telefónica de España, S.A. en el mercado de los servicios de telecomunicaciones por cable de la demarcación territorial de Castilla y León, 7 de abril de 1998; Resolución de propuesta al Gobierno sobre la moratoria impuesta a Telefónica, S.A. en el sector de las telecomunicaciones por cable, 1 de octubre de 1998; Resolución en el expediente sobre la solicitud de intervención presentada por Supercable Sevilla, S.A. y Supercable Andalucía, S.A. en el mercado de los servicios de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla capital, 3 de diciembre de 1998.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

o por satélite, sin diferenciar asimismo entre TELEFONICA y el resto de actuales o potenciales operadores nacionales de telecomunicaciones. En el contexto del presente procedimiento la afirmación así formulada por MADRITEL adolece de fundamento a los efectos que interesa.

Efectivamente y en primer lugar, parte de una premisa no procedente: la consideración de la oferta de constante referencia como oferta de servicios de telecomunicaciones por cable. A la luz de las consideraciones en su momento efectuadas, dicha oferta resulta ser distinta de la que ofrecen o pueden ofrecer los operadores de telecomunicaciones por cable, como MADRITEL, dado que la difusión de TV digital por satélite y la difusión de TV digital por cable constituyen servicios jurídicamente diferenciados y sujetos, cada uno de ellos, a un régimen normativo distinto. Y ello con independencia de las argumentaciones que cupiese efectuar desde la óptica del derecho de la competencia.

En segundo lugar, en el actual entorno liberalizado ninguna de las previsiones normativas reguladoras de los servicios efectivamente integrados en dicha oferta impide a TELEFONICA o algunas de sus filiales, así como a los restantes operadores de telecomunicaciones, ofrecer conjuntamente servicios de telefonía básica, TV digital por satélite y acceso a Internet prestados por ellos mismos o sus filiales o empresas por ellos participadas o que pertenecen al mismo grupo empresarial.

Así pues parece razonable entender que todo operador de telecomunicaciones podrá llevar a cabo la comercialización de referencia en tanto en cuanto quienes los presten dispongan de los títulos habilitantes necesarios y en tanto en cuanto dicha comercialización respete las exigencias del derecho de la competencia, como se verá seguidamente, y el principio de no distorsión del mercado que indudablemente inspira el marco regulador vigente.

De contener éste previsiones del corte de las señaladas por el solicitante, no estaríamos sino en presencia de un cuerpo normativo que, situado de espaldas a la realidad del mercado, frenaría la actual (y por demás conforme a derecho, siempre que no se incurra en comportamientos anticompetitivos) tendencia de los operadores del sector a proporcionar al usuario una respuesta global a sus necesidades de comunicación. La apertura de los espacios económicos de intercambio, orientada a la maximización del beneficio del consumidor, propicia ineludiblemente la consabida integración en la comercialización o prestación de servicios. El mercado de las telecomunicaciones no es ajeno a la tendencia descrita, que constituiría así un instrumento para competir más eficazmente y optimizar el interés del usuario.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.B). CON ARREGLO AL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Introducción.

El procedimiento que nos ocupa gira en torno a un determinado supuesto de hecho, a saber: la empresa TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES, S.A. (TELYCO) ha llevado a cabo la comercialización (publicidad y venta) conjunta de los servicios de telefonía fija, televisión digital por satélite y acceso a Internet de los que eran titulares, respectivamente, TELEFONICA (en el momento de lanzarse la oferta aún no se había transferido la titularidad a TELEFÓNICA SOCIEDAD OPERADORA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA, S.A.), DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. (que presta el correspondiente servicio con la marca o nombre comercial VIA DIGITAL) y TELEFÓNICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (que utiliza su marca o nombre comercial TELELINE al prestar el servicio en cuestión). Dicha comercialización conjunta es fruto de los acuerdos concluidos por TELYCO con cada una de las restantes sociedades implicadas.

TELYCO, filial al 100% de TELEFONICA, gestiona y explota una red de establecimientos de cuyos activos es propietaria y de cuyo nombre comercial o marca (TIENDAS TELEFONICA) es cesionaria, correspondiendo la propiedad de dicha denominación a TELEFONICA. El producto comercializado por TELYCO estaba disponible en los establecimientos de referencia.

A su vez, TELEFONICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (TELELINE) es igualmente filial 100% de la matriz TELEFONICA. En lo que respecta a DTS (VIA DIGITAL), según la información de la que dispone esta Comisión, estaba directamente participada (en las fechas en las que se lanzó la oferta) por TELEFONICA en un 36,95 %. La participación indirecta (a través de RECOLETOS, COMPAÑÍA EDITORIAL, S.A., que disponía de un 20%) era del 1%, con lo cual la participación total de TELEFONICA era del 37,95 %.

Estas consideraciones permiten concluir que estamos ante un supuesto en el que una filial 100% de la matriz comercializa de forma conjunta diversos servicios de los que son titulares otras filiales (también al 100%) de dicha matriz y una sociedad participada por ésta.

La oferta lanzada por TELYCO (la campaña publicitaria en prensa tuvo lugar entre el 28 de noviembre y el 10 de diciembre de 1998) es una paquete multimedia compuesto por concretas modalidades de determinados servicios, a saber : telefonía fija (*Línea Básica-Línea Duplo*), acceso a Internet (*Teleline Básico*) y el paquete básico de TV digital por satélite ofrecido por VIA DIGITAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El producto comercializado tiene por objeto, según afirma TELEFONICA, proporcionar a los clientes de ésta una oferta integral, sin perjuicio de que los servicios referidos puedan ser contratados de forma individualizada tanto a través de TIENDAS TELEFONICA como de los restantes canales de comercialización de los mismos (extremo éste acreditado por el acta notarial remitida a esta Comisión).

La comercialización conjunta de los servicios lleva aparejada la oferta de condiciones económicas más ventajosas que las que resultan de una contratación individualizada de los servicios, no aplicándose un precio único, sino variable, en función de los productos que se contraten, que se sea o no uno de los 10.000 primeros contratantes y de un conjunto de factores que constan en el cuadro cuya fotocopia se adjunta a la antes citada acta notarial que da fe de estos extremos.

A la vista de los servicios que integran la oferta procede poner de manifiesto que la prestación del servicio de difusión televisiva por satélite constituye un mercado propio y diferenciado de la difusión televisiva por cable. Así lo ha estimado la Comisión Europea en decisiones como las de 9 de noviembre de 1994 (caso nº IV/M.469 – *MSG Media Service*) y de 19 de julio de 1995 (caso nº IV/M.490 – *Nordic Satellite Distribution*). En ellas se afirma que, al margen de que la transmisión sea de tipo analógico o digital, la televisión puede emitirse por frecuencias terrestres, vía satélite o por redes de cable. Existen importantes diferencias entre los tres medios de transmisión, tanto de orden técnico como financiero. Por ello el ejecutivo comunitario rechaza que dichos medios sean intercambiables a ojos del consumidor y comporten los mismos gastos tanto para los espectadores como para los prestadores del servicio de difusión. Considera que existe un mercado independiente para el funcionamiento de las redes de televisión por cable, y que el denominado mercado de distribución domiciliaria directa de televisión de pago vía satélite constituye asimismo un mercado propio y diferenciado.

Una vez delimitado el escenario en el que se ubica el presente procedimiento, procederemos a exponer lo esencial de la posición sostenida por MADRITEL, para analizar seguidamente posibles vulneraciones de la libre competencia en las que las partes implicadas en el asunto que nos ocupa hayan podido incurrir.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alegaciones aducidas por el solicitante en los escritos presentados ante esta Comisión.

A). Por lo que se refiere a las prácticas colusorias en las que habrían incurrido las sociedades implicadas.

En su solicitud de fecha 4 de diciembre de 1998 MADRITEL afirma que *“en el caso de que existiera un acuerdo para la venta conjunta de servicios por parte de Telefónica o sus filiales y Vía Digital, el mismo debería ser autorizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia o por la Comisión Europea, por lo que la campaña publicitaria referida agrava aún más la situación anteriormente escrita”*.

Posteriormente, en su escrito de alegaciones de 4 de mayo de los corrientes, el solicitante manifiesta que los acuerdos citados tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado nacional y ofrecen a las empresas que los han concluido la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos comercializados. A juicio de MADRITEL, los acuerdos de referencia no son conductas autorizadas por Ley, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Asimismo, el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC, en materia de exenciones por categorías, autorización general y Registro de Defensa de la Competencia *“no recoge explícitamente los reglamentos de exención por categorías comunitarios que sustituyen a los recogidos en su art. 1.1, como es el caso del reglamento CEE número 1983/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983, que ha perdido su vigencia. En tanto no se realice la modificación normativa necesaria, el Tribunal [de Defensa de la Competencia] debe proceder a autorizar los contratos afectados por esta circunstancia (Resolución TDC de 23 de mayo de 1996)*.

Consiguientemente, han de ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC), sobre la base de lo previsto por el artículo 4 del citado texto legal. Al no haberse solicitado la correspondiente autorización, concluye el solicitante, los acuerdos que nos ocupan son nulos de pleno derecho, según lo dispuesto por el artículo 1.Dos de la LDC.

B). En lo que respecta al abuso de posición dominante en el que habría incurrido TELEFONICA.

A tenor de lo manifestado por MADRITEL en su escrito de solicitud *“dado que Telefónica es operador dominante, tanto la campaña publicitaria realizada como la futura prestación conjunta de los tres servicios suponen una barrera a*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la inminente entrada de los operadores de cable en el mercado de las telecomunicaciones en España”.

El solicitante abunda en dicha afirmación al manifestar en su escrito de alegaciones de fecha 4 de mayo de los corrientes que TELEFONICA ha incurrido en un abuso de posición dominante al comercializar de forma conjunta sus servicios y los servicios prestados por sus filiales y participadas. MADRITEL estima que dicha comercialización evita que los usuarios interesados en la contratación conjunta de los servicios de referencia decidan darse de alta en un nuevo operador, *“puesto que estos presumen que, además de resultar una oferta atractiva en términos cualitativos, supondrá una rebaja en el precio de los servicios a contratar”*. En consecuencia, el empaquetamiento efectuado constituye una barrera de entrada *“que tiene por objeto obstaculizar la implantación del operador de cable en el mercado”*.

Se delimita asimismo como mercado relevante² el mercado nacional de TV de pago, telefonía básica, servicios de telecomunicaciones de valor añadido, servicios de información, suministro y mantenimiento de equipos terminales, acceso y transporte por las redes de telecomunicaciones, servicios administrativos y técnicos dirigidos a la TV de pago, redes de TV por cable.

En relación a la posición de dominio de TELEFONICA, *comienza* afirmando que TELEFONICA tiene una clara posición dominante en el mercado nacional de telefonía fija, para concluir concretando dicha posición en el mercado de telefonía fija. A su amparo, estima, *“pretende abusar de la misma, para restringir la competencia en mercados distintos pero conexos como son la televisión de pago y en acceso a internet (...)”*.

Consideraciones de esta Comisión respecto a eventuales prácticas colusorias en las que las partes hayan podido incurrir.

Como ya se ha indicado, TELYCO ha llevado a cabo una comercialización conjunta de servicios fruto de los acuerdos concluidos por dicha sociedad con cada una de las restantes sociedades, titulares de esos servicios. A juicio de MADRITEL, las empresas implicadas en el supuesto de hecho descrito incurren en prácticas colusorias contrarias a la libre competencia.

En reunión de fecha 15 de noviembre de 1998 (de cuyo memorándum se ha remitido copia a esta Comisión) directivos de TELYCO acordaron proponer a cada una de las empresas citadas la configuración de un paquete multimedia de constante referencia cuya promoción efectuaría TELYCO (haciendo uso del

² Haciéndose referencia a la delimitación efectuada por la CMT en su resolución de fecha 27 de noviembre de 1997, por la que se aprueba la remisión a la Dirección General IV de la Comisión Europea de una comunicación en el marco de la solicitud de intervención presentada ante esta Comisión por la sociedad Cableuropa, S.A. (exp. ME 8/97).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nombre comercial o marca TIENDAS TELEFONICA), así como consensuar con cada una de ellas las correspondientes ofertas promocionales. De la información de la que dispone la CMT resulta que la cooperación entre los diversos actores se canalizó a partir de ese momento a través de conversaciones mantenidas por los mismos. En respuesta a ellas, VIA DIGITAL y TELELINE enviaron las condiciones de sus ofertas promocionales, lo cual hace presumir un previo consentimiento por su parte). En el caso de TELEFONICA puede presumirse igualmente dicho consentimiento, a tenor de las condiciones que figuran en el cuadro adjunto al acta notarial remitida a esta Comisión.

Estamos pues en presencia de una conclusión de acuerdos entre las sociedades implicadas, puesto que existe una convergencia de voluntades. Obsérvese que se consideran constitutivos de acuerdos todos aquellos comportamientos que contienen dicho elemento volitivo, con independencia de que sean jurídicamente obligatorios y de las modalidades de expresión del consentimiento. Así se dispone en decisiones de la Comisión Europea como las de 16 de julio de 1969 (*Cartel de la quinina*), de 16 de febrero de 1994 (*Poutrelles d'acier*), de 19 de diciembre de 1990 (*D'leteren –Huiles pour moteur*), de 21 de diciembre de 1988 (*PVC, PBDE*), de 29 de noviembre de 1974 (*Roulements à bille franco-japonais*), de 23 de abril de 1986 (*Polypropileno*). E igualmente en sentencias del TJCE como las de 15 de julio de 1970, asunto 45/69, *ACF Chemiefarma*, Rec. 661; de 11 de enero de 1990, asunto C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici*, Rec. I-45.

Asimismo se observa que en virtud de los contratos de distribución/agencia concluidos por VIA DIGITAL, TELELINE y TELEFONICA con TELYCO con fecha 15 de septiembre de 1997 (parcialmente modificado y prorrogado el 15 de agosto de 1998), 11 de septiembre de 1998 y 2 de abril de 1998 (parcialmente modificado el 24 de diciembre del mismo año), respectivamente, TELYCO asume la distribución y comercialización directamente al cliente de los productos/servicios de las empresas citadas. A juicio de esta Comisión tales contratos no contienen cláusulas anticompetitivas. Tampoco contienen disposiciones en materia de comercialización conjunta (el concluido por TELELINE se limita a incluir en la promoción asumida por TELYCO la realización de publicidad conjunta, si las partes lo estiman conveniente). En el caso de los concluidos con TELELINE y con TELEFONICA las partes constituyen una misma unidad económica posteriormente se hará referencia a las implicaciones que presenta la ausencia de independencia económica). A la vista de todo ello, no se estima relevante su consideración respecto a la concreta comercialización conjunta objeto de este procedimiento, considerándose que dicha comercialización es fruto de los acuerdos a los que no hemos referido inmediatamente antes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dichos acuerdos, a pesar de concurrir en ellos el necesario elemento volitivo ya citado, no constituyen a juicio de la CMT prácticas colusorias anticompetitivas a tenor de los argumentos que se exponen seguidamente.

i). Atendiendo a la independencia económica de las partes.

Con anterioridad ha sido señalado que la estructura accionarial de sociedades involucradas permite concluir que estamos ante un supuesto en el que una filial 100% de la matriz comercializa de forma conjunta diversos servicios de los que son titulares otras filiales (también al 100%) de dicha matriz y una sociedad participada por ésta.

Las prácticas colusorias, como dispone la propia normativa que las declara prohibidas, exigen un concurso de voluntades entre dos o más empresas. Conforme a la práctica de la Comisión Europea y a la jurisprudencia del TJCE, no es la personalidad jurídica la que determina la condición de empresa, entendida ésta como organización unitaria que lleva a cabo una actividad económica de forma independiente en el mercado. El concepto de empresa en términos de Derecho de la Competencia no coincide con el acuñado por otras ramas jurídicas, a saber, la fiscal o social (decisiones de la Comisión Europea *Polypropilène*, de 23 de abril de 1986, DOCE 1986 L230/1; *Treillis*, de 2 de agosto de 1989; *PVC* y *PERB*, de 21 de diciembre de 1988).

Han de concurrir una serie de criterios cumulativos no vinculados al elemento de la personalidad jurídica, sino a una factor distinto, cual es la necesaria independencia de comportamientos en el mercado, entendiendo por independencia la ausencia de autonomía para actuar en un espacio económico determinado, pudiendo el operador diseñar su propia estrategia competitiva en el mismo y adoptar las decisiones consideradas esenciales para la trayectoria de la empresa en el mercado.

Cuando se trata de un grupo de sociedades, la jurisprudencia del TJCE (sentencia de 25 de noviembre de 1971, asunto 22/71, *Béguelin*, Rec. 949; sentencia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Europemballage et Continental Can*, Rec. 215; sentencia de 6 de marzo de 1974, asunto 6-7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 223; sentencia de 31 de octubre de 1974, asunto 15/74, *Centrafarm c. Sterling Drug y Winthrop*, Rec. 1147) y la práctica del ejecutivo comunitario (decisiones *Christiani & Nielsen*, de 18 de junio de 1969; *Kodak*, de 30 de junio de 1970; *Commercial Solvents*, de 14 de diciembre de 1972) permiten considerar que, si el grupo en cuestión constituye una “unidad económica”, por cuanto que sus integrantes carecen de una autonomía real a los efectos señalados en el párrafo anterior, estando sujetas a un control único, estamos en presencia de una única empresa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El funcionamiento real de los mercados evidencia que independencia de comportamientos y personalidad jurídica no son nociones necesariamente coincidentes, de ahí que el TJCE (sentencias de 14 de julio de 1972, asunto 48-57/69, *ICI*, Rec. 619; sentencia de 12 de julio de 1984, asunto 170/83, *Hydrotherm*, Rec. 2999; de 14 de noviembre de 1984, asunto 323/82, *Intermills*, Rec. 1809) haya considerado que si una filial, aun teniendo personalidad jurídica propia, carece de independencia de actuación en el mercado, constituye una unidad económica junto con la sociedad matriz.

La simple toma de participación mayoritaria por parte de una sociedad en el capital de otra no basta para hablar de una empresa única, es necesario el control efectivo de la primera sobre la segunda (sentencias del TJCE *ICI* y *Sterling*, ya citadas; sentencia de 4 de mayo de 1988, asunto 30/87, *Bodson c. Pompes funèbres*, Rec. 2479). Sin embargo, cuando la participación es del 100% o de la casi totalidad del capital, puede presumirse el ejercicio efectivo del control (sirvan como ilustración las sentencias del TJCE, de 25 de octubre de 1983, asunto 107/82, *AEG-Telefunken*, Rec. 3151; sentencia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89, *BPB Industries et British Gypsum*, Rec. II-392; conclusiones del abogado general Warner en la ya citada *Commercial Solvents*; y las alegaciones de la Comisión Europea en la sentencia de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, *Orkem*, Rec. 3283).

En consecuencia, los eventuales acuerdos no son considerados por la jurisprudencia comunitaria como analizables como prácticas colusorias a la luz del artículo 85, sino eventualmente como conductas constitutivas de un abuso de posición dominante ex artículo 86 TCE.

En el caso que nos ocupa esta Comisión entiende aplicable la presunción de referencia, por lo cual no procede considerar contrarios a la libre competencia los acuerdos concluidos por TELYCO con TELEFONICA y con TELELINE.

Efectivamente, ésta última y TELYCO son sociedades mercantiles que, desde el momento de su inscripción en el pertinente Registro, disfrutan de personalidad jurídica propia y distinta de la de la empresa matriz (TELEFONICA) y de la del resto de sociedades controladas por ésta. Es decir, se acogen a un régimen jurídico que implica a). señas de identidad propias, en términos de nombre comercial, nacionalidad y domicilio; b). patrimonio autónomo; c). capacidad jurídica individual, para actuar y contratar en su propio nombre; d). atribución de los derechos y obligaciones propios de los empresarios mercantiles. Asimismo y sin perjuicio de lo anterior, son filiales al 100% de TELEFONICA, por lo cual se presume constituyen junto con ella una unidad empresarial y no cabe hablar, en consecuencia, de colusión entre empresas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que se refiere al acuerdo concluido por TELYCO con VIA DIGITAL, si bien la segunda no es una filial 100% de TELEFONICA, sino una sociedad participada por ésta en un porcentaje que no se acerca a la casi totalidad del capital accionarial, y en consecuencia no procede hacer extensiva la presunción anterior, no se estima constitutivo de una colusión contraria a la libre competencia a la luz de las consideraciones que se exponen seguidamente.

ii) Atendiendo al objeto de los acuerdos concluidos.

En lo que a la venta conjunta de productos o servicios se refiere, la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas, de 9 de julio de 1968 (en adelante la Comunicación), considera que no restringen la competencia *“Los acuerdos que tienen como único objeto: a) La venta en común (...), cuando las empresas participantes no compiten entre sí por los productos o servicios sometidos al acuerdo.*

Como ya ha sido expuesto en detalle en el punto 5, la cooperación entre empresas no puede restringir la competencia si las empresas no compiten entre sí”.

El citado punto 5 dispone que *“Si las empresas no compiten entre ellas, no pueden restringir la competencia entre las mismas (...). Esto es cierto, en particular para las empresas pertenecientes a sectores económicos distintos, pero también lo es para las del mismo sector, en la medida en que sólo participen (...) con productos o prestaciones que no puedan ser suministrados por los demás participantes. Poco importa que las empresas compitan entre sí en otros sectores; lo verdaderamente relevante es saber si, dadas unas circunstancias concretas de unos casos particulares, es posible la competencia en un futuro próximo, para los productos o las prestaciones de que se trate (...)”.*

La doctrina del ejecutivo comunitario fue reiterada por éste en su decisión de 23 de febrero de 1972, en el asunto *Wild/Leitz* (caso nº IV/26.844), sobre venta conjunta de microscopios especializados a cargo de fabricantes cuyas líneas respectivas de producción no eran tanto competidoras como complementarias. En aquella ocasión la Comisión Europea entendió que el acuerdo de venta en común objeto de análisis no infringía la libre competencia por cuanto que las empresas implicadas en el mismo no eran competidoras entre sí respecto de los productos objeto del acuerdo. Efectivamente, atendiendo a sus características y a las necesidades a las que respondían, no existía entre dichos productos una sustituibilidad ni desde la óptica de la demanda ni en términos de eventual fabricación por parte del socio en el acuerdo. Los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

productos sustituibles en relación a los cuales las empresas competían no eran objeto del acuerdo en cuestión, sino que se comercializaban al margen de éste.

En el caso que nos ocupa los acuerdos concluidos tienen por objeto la venta conjunta de servicios a todas luces diferenciados y no sustituibles (telefonía fija, acceso a Internet y difusión televisiva por satélite), a la vista de lo cual no se estiman anticompetitivos.

En lo que respecta a la publicidad conjunta, la Comunicación antes citada señala que no restringen la libre competencia los *“Acuerdos que tienen como único objeto hacer publicidad en común.”*

La publicidad en común (...) en sí misma, no restringe la competencia de las empresas participantes. Sin embargo puede existir restricción de la competencia cuando se impide a éstas, total o parcialmente, llevar a cabo su propia publicidad como consecuencia de un acuerdo o práctica concertada, o cuando se les imponen otras restricciones”.

A las negativas implicaciones que sobre la estructura competitiva pueden tener los acuerdos que restrinjan la posibilidad de que cada una de las partes pueda llevar a cabo una publicidad individualizada, se ha vuelto a referir posteriormente la Comisión Europea en sus decisiones *Agrupaciones de Fabricantes de Papeles Pintados de Bélgica* (DOCE 1974 L237/3) y *Equipamiento náutico* (Décimo Informe sobre la política de competencia – 1980).

Por su parte el TDC, en su resolución de 4 de febrero de 1997 (expediente MC 18/96. *Servicom/Telefónica*) se ha pronunciado en el mismo sentido, condicionando la validez de la publicidad conjunta a que la misma “incorpore las referencias necesarias que permitan a los clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que lo presta”.

En el caso que nos ocupa esta Comisión no tiene constancia de que concurran las restricciones referidas por la Comunicación de 1968, entendiendo asimismo que se respetan las citadas condiciones previstas por el TDC. En consecuencia, tampoco desde esta perspectiva se consideran restrictivos los acuerdos.

Consideraciones de esta Comisión en materia de abuso de posición dominante.

Como ya ha sido reiterado, el que nos ocupa es un supuesto en el que una filial 100% de la matriz comercializa de forma conjunta diversos servicios de los que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

son titulares otras filiales (también al 100%) de dicha matriz y una sociedad participada por ésta. A la luz de las consideraciones expuestas respecto al concepto de empresa en términos de derecho de la competencia, cabe entender que la unidad económica constituida por la matriz TELEFONICA y sus filiales TELYCO y TELELINE ha comercializado de forma conjunta sus servicios y los de una sociedad vinculada a ella, VIA DIGITAL³.

El tipo de conductas como la que constituye el objeto de este procedimiento ha de ser examinada en el marco de concretas categorías de abuso, a saber:

a). La denominada “vinculación” de productos o servicios, catalogada como abusiva por las disposiciones normativas de prohibición de este tipo de comportamientos, así como por reiterada práctica de la Comisión Europea. Esta práctica hace referencia a aquellos supuestos en los que el acceso a un determinado producto o servicio se condiciona a la contratación de otro, bien conexo, bien no conexo. Ver a estos efectos, entre otras, las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos *IBM ordenador personal* (DOCE 1984 L118/24); *Oliofiat* (Decimoséptimo Informe sobre la política de competencia – 1987); decisión 92/163 *Tetra Pak II*, IP (91)715; *Hilti* (Decimoquinto Informe sobre la política de competencia - 1985), confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-30/89 1992; *British Telecommunications* (DOCE 1982 L360/36); *London European Airways/Sabena* (DOCE 1988 L317/47); y la sentencia del TJCE de fecha 3 de octubre de 1985, asunto 311/84, *Centro Belga de Estudios de Telemarketing c. CLT & IPB*, Rec. 3261.

En ocasiones la vinculación puede provenir, indirectamente, de los “descuentos de fidelidad” aplicados por quien detenta una posición de dominio : rebajas en los precios que, carentes de un sustrato económico que las justifique, neutralizan el margen de elección del cliente, logrando, sin imponer una condición de exclusividad o cuasi-exclusividad que éste satisfaga la totalidad o práctica totalidad de sus necesidades con dicha empresa (sentencias del TJCE, de 23 de mayo de 1978, asunto 102/77, *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, Rec. 1139; sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *Nederlandse Bandenindustrie Michelin c. Comisión*, Rec. 3461; de 16 de diciembre de 1975, asunto 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e.a.*, Rec. 1663; decisiones de la Comisión Europea *BPB Industries Plc*, DOCE 1989 L10/50; *Carbonato de sodio-Solvay* y *Carbonato de sodio- ICI*, de 19 de diciembre de 1990 –anuladas posteriormente por razones de procedimiento–; *Napier Brown/British Sugar*, DOCE 1988 L284/41).

³ A la vista de los datos de los que dispone esta Comisión y dado el porcentaje accionarial en poder de la matriz, no procede presumir automáticamente una ausencia de independencia económica por parte de VIA DIGITAL, como ocurre en el caso de las sociedades filiales al 100%.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b). La existencia de subvenciones cruzadas entre distintos servicios.

La Comisión Europea en su Comunicación sobre el asunto nº IV/35.830 - *Unisource-Telefónica* (DOCE C 44/15, de 12 de febrero de 1997) permite a TELEFONICA de ESPAÑA, S.A. (que disponía en aquel momento de derechos exclusivos o especiales) la realización de ofertas combinadas de sus servicios y los de Unisource International NV (joint venture en la que el operador español participaba) siempre que se respetasen las condiciones siguientes :

- posibilitar al cliente al adquisición por separado en condiciones equivalentes.
- posibilitar al cliente la distinción en los contratos el precio y demás condiciones de dichos contratos.

La Comisión Europea estima que se incurriría en un comportamiento abusivo cuando el empaquetamiento de servicios posibilita subvenciones cruzadas entre los distintos servicios (consideradas así mismo anticompetitivas por el ejecutivo comunitario en sus Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones, de 1991) o se obliga al usuario a contratar un servicio no deseado (a la aplicación de condiciones que no guardan relación con el servicio al que se desea acceder se refieren igualmente, como categoría de abuso, las citadas Directrices).

Por su parte, en el artículo 4.f de su Decisión de 17 de julio de 1996, en el asunto nº IV/35.337 – *Atlas* (DOCE L 239/23, de 19 de septiembre de 1996), la Comisión Europea dispone en materia de venta combinada que el monopolista alemán DT y el francés FT “prestarán sus propios servicios bajo contratos independientes de los suscritos para la prestación de los servicios de Atlas en calidad de distribuidores de dicha empresa en Alemania y Francia, respectivamente. En cada uno de estos contratos independientes deberán constar las condiciones establecidas para la venta de cada servicio individual y, en particular, cuando proceda, los descuentos por volumen u otros descuentos concedidos en relación con un servicio concreto”.

Si bien las decisiones *Unisource* y *Atlas* citadas se enmarcaban en un contexto no liberalizado caracterizado por la existencia de derechos exclusivos o especiales, resultan de aplicación en el actual entorno competitivo, dado que la posición de dominio que exigen los comportamientos abusivos no implica necesariamente ostentar la condición de monopolista. Así resulta a la vista de la noción de posición de dominio comúnmente aceptada (ver sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands*, Rec. p. 207 del TJCE) y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hecho de que dichos comportamientos están ordenados en última instancia a la eliminación de los competidores.

La presentación al cliente de la oferta integrada que nos ocupa no impide, como ya se ha visto, la contratación individual de los servicios en cuestión. Consiguientemente no incurre en la citada “vinculación” de productos o servicios. Efectivamente, la adquisición del paquete multimedia no lleva aparejada la condición de no contratar separadamente los servicios integrados. Asimismo, a la luz de la información de que dispone esta Comisión, la adquisición del producto comercializado no se canaliza a través de la contratación con una única sociedad, sino que implica la adhesión a cada uno de los contratos tipo en virtud de los cuales cada titular presta su servicio. Ello garantiza en principio la necesaria individualización en los términos referidos.

La contratación de la oferta conjunta lleva aparejada la aplicación (sólo en ese caso) de unas condiciones económicas más ventajosas que las que se pueden disfrutar si se contratan separadamente cada uno de los servicios. Sin embargo, esas condiciones no pueden estimarse en líneas generales significativamente más ventajosas, lo cual permite considerarlas como equivalentes a las que se aplican en supuestos de contratación individualizada y (a la vista además de los datos de precios finales de los que dispone la CMT) entender que no se producen subvenciones cruzadas ni fidelizaciones anticompetitivas.

II.C). EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL.

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en su artículo 1.Dos, apartado 1, así como el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su artículo 4, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, habilitan a esta Comisión para actuar como garante de las condiciones de competencia efectiva en el sector de los servicios de telecomunicación.

Entre las diversas funciones que en su calidad de tal la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está llamada a desempeñar, figura, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.Dos.2, letra f), la adopción de las medidas necesarias para asegurar la conformidad de la política de comercialización de los operadores de los servicios con las exigencias de la libre competencia.

Como ya ha significado la CMT en diversas ocasiones, 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 en relación a comportamientos que atentan contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

juego competitivo. Las conductas 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, 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.

En el caso que nos ocupa, MADRITEL alega que la comercialización conjunta objeto de este procedimiento vulnera asimismo la normativa de aplicación en materia de competencia desleal y publicidad. A la vista de las consideraciones de esta Comisión sobre la no vulneración de la libre competencia por parte de dicha comercialización, y con independencia de cuál pueda ser la calificación jurídica que corresponda desde la óptica de la deslealtad de comportamientos, la CMT no estima procedente, por las razones de habilitación competencial esgrimidas, pronunciarse, siquiera incidentalmente, a los efectos señalados por el solicitante.

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 1, y apartado 2, letra f, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

Primero. Que la comercialización conjunta de servicios de telefonía fija, televisión digital por satélite y acceso a Internet objeto del presente procedimiento, no resulta ser contraria a la libre competencia ni en términos de colusión ni en términos de abuso de posición dominante.

Segundo. Que dicha comercialización conjunta no infringe la moratoria impuesta por la legislación sectorial de aplicación a TELEFONICA, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero. Que no ha lugar a la adopción de las medidas instadas por el solicitante.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola