COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 28/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 30 de julio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE GARANTIZA LA CONTINUIDAD Y PERMANENCIA DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PUBLICO OFRECIDAS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (EXP. 2002/ 6625)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Petitum. Con fecha 22 de abril de 2002, tiene entrada en esta Comisión escrito de D. Nicholas Alexander en nombre de Tarjetas Telefónicas Intercall S.L. en el que se pone de manifiesto que el servicio telefónico prestado por Telefónica de España a través de determinados accesos contratados por terceros (cabinas telefónicas) va a sufrir modificaciones en sus características técnicas. Estas modificaciones consisten en que las llamadas a números de red inteligente dejarán de funcionar con marcación de tonos, impidiendo así la línea de negocio de aquellos operadores que prestan el servicio telefónico utilizando llamadas a números 900, combinando esta con la marcación de claves asociadas a tarjetas prepago. En aras a la continuidad del servicio que obliga a Telefónica, Intercall pide la intervención de esta Comisión para evitar esta modificación en la prestación del servicio telefónico mediante acceso directo y solicitan la adopción de una medida cautelar que obligue a Telefónica a seguir prestando el servicio como hasta ahora.

Segundo.- Comunicación de apertura. El 23 de abril de 2002 se comunica a las partes el inicio del expediente.

Tercero. Adopción de medidas cautelares. El 29 de abril se adoptó la siguiente medida cautelar:

"*Que Telefónica de España S.A.U. siga prestando el servicio telefónico de acceso directo mediante marcación con tonos (señalización de registrador por tonos o multifrecuencia o señalización DTMF) en aquellos puntos de terminación en los que así lo venía haciendo*. "

Cuarto.- Audiencia. Con fecha 21 de junio y a los efectos del art. 84 de la LRJ y PAC se pone en conocimiento de las partes que los servicios de esta Comisión van a elevar al Consejo una propuesta que establezca como definitiva la medida cautelar adoptada.

Quinto.- Alegaciones de Telefónica. El 8 de julio de 2002 tiene entrada en la Comisión escrito de Telefónica de España, S.A.U., presentando las siguientes alegaciones al trámite de audiencia:

*Que el fundamento de la Resolución no puede apoyarse en las obligaciones que debe asumir Telefónica como operador responsable del servicio universal puesto que las facilidades reclamadas en este expediente no constituyen en modo alguno parte de las obligaciones que el mismo contempla. En este sentido añade el interesado que debe satisfacer las peticiones razonables y económicamente viables.

*Que la eliminación de la posibilidad de marcación por tonos está justificada en tanto que su existencia genera costes para Telefónica ya que las llamadas a números 900 son gratuitas para los usuarios llamantes y no pueden compensarse por la ausencia de ingresos.

*Que la marcación multifrecuencia no puede considerarse como un recurso esencial que deba estar sometido a la obligación incondicional de suministro a terceros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial de la CMT. El art. 25 de la Ley General de Telecomunicaciones reza: *"De los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y* ***de los producidos por el acceso a las redes*** *públicas de telecomunicaciones,* ***conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones****."*

Segundo.- Siendo el acceso un tipo de interconexión, tal y como reconoce el propio art. 1.1 del Reglamento de Interconexión, los conflictos que se planteen y de los que esta Comisión es competente en virtud del citado art. 25 de la LGT, se resolverán aplicando los principios recogidos en el art. 2.6 del citado Reglamento, que entre otros cita no sólo el interés del usuario[1], sino también la necesidad de promover la competencia. En este sentido, no hay que olvidar que algunos operadores utilizan los accesos que proporciona Telefónica y otros operadores de acceso directo que permiten la marcación con tonos de un número 900, como medio alternativo que les permite prestar el servicio telefónico a sus clientes. En estos casos, la comercialización del servicio se hace mediante un prepago en el que el cliente recibe una clave que se teclea en el terminal después de haber marcado el número 900 xxx xxx correspondiente.

Por lo tanto, el hecho de que el cliente de acceso directo de Telefónica reciba los servicios asociados al acceso de forma diferente a como lo venía haciendo impide la marcación por tonos en las llamadas a 900 cuando hasta ahora era posible y dificulta o hace imposible el servicio indirecto prestado por otros operadores del servicio telefónico.

Por otra parte, si Telefónica prestaba hasta ahora el servicio en determinadas condiciones es porque técnicamente podía, por lo que su mantenimiento no le supone una inversión añadida ni el uso de recursos adicionales que pudieran servir para otras actividades que, como consecuencia pudieran verse mermadas en sus posibilidades de desarrollo. La modificación unilateral de las condiciones de prestación del servicio, pretendida por TESAU, supone por lo tanto una modificación no basada en criterios objetivos, por lo que no puede ser admitida de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la LGTel.

Esta retirada de la marcación por tonos es, además, desde el punto de vista de derecho de la competencia, un abuso de posición de dominio.

[1] Entre otros dotar al usuario de una amplia gama de servicios

La retirada de la marcación por tonos puede caracterizarse como un abuso de posición de dominio en la medida en que impide a un cliente, proveedor de servicios de telefonía de uso público, continuar prestando sus servicios a través del mecanismo que, dentro de los posibles en el mercado, había elegido libre y legítimamente.

Los mercados que resultarían afectados son el mercado de infraestructuras de acceso telefónico y el mercado de reventa del servicio fijo de acceso indirecto Así, Telefónica de España, S.A. es dominante en el mercado de acceso y por lo tanto cualquier decisión que adopte afecta directamente el mercado de reventa de acceso indirecto del servicio telefónico.

Como consecuencia de esta retirada de la marcación por tonos del acceso a los proveedores de servicios de telefonía de uso público, clientes de Telefónica de España, el Grupo Telefónica fortalecerá su posición en el mercado de telefonía de uso público, desplazando a los revendedores de acceso indirecto y dificultando el mantenimiento o el aumento de la competencia.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto *Commercial Solvents*[2] declaró que "toda empresa que goce de una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarse tales materias primas para la fabricación de sus propios derivados, se niegue a suministrar a un cliente que fabrique tales derivados, y que como consecuencia de ello, pueda eliminar toda competencia del cliente, abusa de su posición dominante en el sentido de lo dispuesto en el artículo 86". Este mismo razonamiento es aplicable a una empresa dominante en el mercado de acceso, que niega o restringe este servicio a su cliente, de forma que pueda eliminar la competencia que éste le hace a sus propios servicios o a los de sus filiales.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones DOCE de 22 de agosto de 1998[3], caracteriza precisamente la retirada de acceso a un cliente como un supuesto de abuso de posición de dominio y más concretamente hace referencia a la rescisión unilateral de los acuerdos de acceso. Entendemos que la imposición de condiciones tales que equivalgan de facto a una negativa de acceso se asimila a este supuesto. Las razones objetivas que pueda alegar TESAU y que justifiquen esta rescisión habrán de ser proporcionales a las consecuencias que la retirada produzca en la competencia.

[2] Asuntos 6/73 y 7/73, Commercial Solvents/Comisión , Rec. 1974, p. 223

[3] Comunicación de la Comisión Europea (DO C 265 de 22.08.98 p. 02) sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las Telecomunicaciones

Esta Comisión ya ha tenido la oportunidad de declarar que una supresión de acceso por parte de la filial de Telefónica Cabitel a los números 900 desde terminales de uso público, constituía un abuso de posición de dominio, mediante la Resolución de 22 de diciembre de 1998 y anterior Resolución de adopción de medidas cautelares de 24 de septiembre de 1998. La competencia de esta Comisión para adoptar dicha Resolución ha sido confirmada por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 17 de octubre de 2000. En el caso que nos afecta no se suprime el acceso, pero se modifican de tal forma las condiciones en las que el mismo se proporciona que se impide a aquellos que necesitan el acceso para revender el servicio telefónico hacerlo en la forma en que hasta ahora lo hacían, obligándoles a inversiones que podrían hacer inviable el negocio[4].

Por último recordar que el 19 de julio de 2001 se adoptó como definitiva[5] una Resolución Cautelar de 10 de mayo en la que se acordaba que: "*TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS deben garantizar el acceso de los usuarios a todos los servicios prestados a través de numeración corta y/o de inteligencia de red desde sus terminales de uso público, en las mismas condiciones en que se ha venido produciendo hasta el mes de abril de 2001 y, por tanto, aun cuando el disfrute de los mencionados servicios requiera de* ***la marcación adicional de tonos o números o cualquier otro requisito que haya estado a disposición del usuario del terminal de uso público hasta la referida fecha****".*

Tercero.- Contestación a las alegaciones de Telefónica. Respecto a la primera y última de las alegaciones de Telefónica, conviene aclarar que en ningún caso la justificación de la medida se basa en la obligación de servicio universal que afecta a Tesau o en la consideración de la marcación con tonos como un recurso esencial, sino en la obligación de continuidad y permanencia del servicio, tal y como ha quedado señalado en el fundamento anterior. En cuanto al coste que implica para Tesau, ya se dijo que el mantenimiento de la marcación por tonos ni supone una inversión añadida, puesto que la facilidad ya se prestaba con anterioridad, ni conlleva el uso de recursos adicionales que pudieran servir para otras actividades y que, como consecuencia de ello,

[4] Con la marcación por tonos los revendedores de tarjetas pueden prestar el servicio de forma automática a través de un ordenador; sin embargo si desaparece esta característica sería necesaria la contratación, solución mucho más cara, de personas que se encargaran de la reconducción de las llamadas.

[5] Resolución referente al acceso desde terminales de uso público de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS a servicios basados en números cortos y de red inteligente (exp.2001/4600)

pudieran verse mermadas en sus posibilidades de desarrollo. Por otra parte, la afirmación de que las llamadas a números 900 por parte de clientes de acceso directo de Telefónica no generan ingreso alguno para esta es incorrecta puesto que en estos casos cobra del usuario de destino si es suyo o interconexión de acceso si el número pertenece a otro operador. Hay que tener en cuenta que en el caso que estamos analizando, el terminal de uso público no lo explota TESAU ni una filial por lo que no se plantea el tema del cobro de las llamadas a 900 como explotador de telefonía de uso público aunque si así fuera, conviene traer a colación la Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de octubre de 2001, en relación con la compensación de los costes en los que incurre cuando desde sus teléfonos públicos de pago se efectúan llamadas a servicios de cobro revertido automático (números 900), en la que se estimó no aprobar mecanismos de compensación por parte de esta Comisión en los términos en que la misma ha sido planteada en el presente procedimiento.

Conforme a los anteriores fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Único.- Confirmar la medida cautelar como definitiva de manera que Telefónica de España S.A.U. siga prestando el servicio telefónico de acceso directo mediante marcación con tonos (señalización de registrador por tonos o multifrecuencia o señalización DTMF) en aquellos puntos de terminación en los que así lo venía haciendo.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

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

José Giménez Cervantes