



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la sesión N° 31/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de septiembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA APROBACIÓN DEL MODELO DE CONTRATO A SUSCRIBIR ENTRE LA ENTIDAD TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. Y LOS USUARIOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS AUDIOVISUALES INCLUIDOS DENTRO DEL SERVICIO “LÍNEA IMAGENIO”.

En relación con el procedimiento de aprobación del modelo de contrato a suscribir entre la entidad TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. y los particulares para la prestación de servicios audiovisuales incluidos dentro del servicio “Línea Imagenio”, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. , la siguiente Resolución:

Resolución de de de 2004 recaída en el expediente RO 2004/638

HECHOS

PRIMERO.- Por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 11 de julio de 2002, se aprobó el modelo de contrato a suscribir entre TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. (en adelante, TCABLE) con sus abonados para el uso de los descodificadores y la prestación del servicio de televisión digital mediante acceso condicional.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de marzo de 2004, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito presentado por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TCABLE al que adjunta un ejemplar, en formato comercial, del modelo de contrato tipo para la prestación del servicio de televisión digital mediante acceso condicional aprobado mediante Resolución de esta Comisión de fecha 11 de julio de 2002.

Asimismo, en dicho escrito TCABLE expone que debido al tiempo transcurrido desde su aprobación, en el modelo de contrato *“se han producido modificaciones relativas a los servicios, pero que no afectan en lo esencial a las cláusulas y aspectos incorporados como consecuencia del expediente de acceso condicional”*. TCABLE finaliza su escrito solicitando que *“se tenga por remitido el contrato de Telefónica Cable para la prestación del servicio de televisión con sus abonados”*.

TERCERO.- Como quiera que el modelo de contrato de TCABLE contenía cláusulas que afectaban a los intereses de los consumidores y usuarios, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 19 de mayo de 2004, se solicitó informe al Consejo de Consumidores y Usuarios sobre el contenido del citado contrato.

CUARTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 19 de mayo de 2004, se solicitó informe al Director de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la adecuación o no a la legislación vigente, así como su parecer, respecto de la *“Cláusula 12. Tratamiento automatizado de datos de carácter personal”* del contrato de TCABLE.

QUINTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 1 de junio de 2004, y de conformidad con lo previsto en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se notificó a TCABLE el acuerdo de ampliación del plazo de resolución y notificación del procedimiento en tres meses más, debido a su complejidad.

SEXTO.- Con fecha 17 de junio de 2004, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la Agencia Española de Protección de Datos por el que se evacua el trámite conferido por esta Comisión, adjuntando el informe elaborado al efecto, cuyas observaciones han sido tenidas en cuenta en el presente procedimiento.

SÉPTIMO.- Con fecha 6 de julio de 2004, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Instituto Nacional de Consumo por el que se evacua el trámite conferido por esta Comisión, adjuntando el informe elaborado al efecto, cuyas observaciones han sido tenidas en cuenta en el presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.- Instruido el procedimiento, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de julio de 2004, puso de manifiesto la apertura del trámite de audiencia a TCABLE para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC y en el plazo de diez días, pudiera alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimara pertinentes.

NOVENO.- Con fecha 23 de julio de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TCABLE por el que formula alegaciones al Informe de los Servicios de esta Comisión, adjuntando un nuevo texto del contrato en el que se han modificado las cláusulas 6, 12 y 15.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Disposición derogatoria de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su apartado c) deroga la Ley 17/1997, de 3 de mayo, modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre.

No obstante lo anterior, la Disposición transitoria sexta de la LGTel establece que hasta que no se desarrollen reglamentariamente los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional séptima de la citada Ley –relativos a determinados aspectos del acceso condicional, así como de las interfaces de programa de aplicación (API) y guías electrónicas de programación (EPG)- seguirán siendo aplicables las obligaciones contenidas en la Ley 17/1997.

El artículo 7 a) 1 de la Ley 17/1997, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/1997, establece que *“los sistemas y descodificadores para el acceso condicional que se comercialicen habrán de ser inmediata y automáticamente abiertos y compatibles”*, bien como consecuencia de las características técnicas de dichos equipos, bien por acuerdo entre operadores. Para garantizar el cumplimiento y la efectividad de esta obligación, el artículo 7 a) 1 atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otras, la siguiente competencia:

“1. Aprobar los modelos de contratos que los distribuidores y los operadores celebren con los usuarios para el uso de los descodificadores y la prestación del servicio de televisión digital mediante acceso condicional (...)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Sobre la aprobación del modelo de contrato presentado por TCABLE.

A los efectos de la aprobación del modelo de contrato tipo de TCABLE, es necesario determinar si el mismo se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 17/1997, es decir, si TCABLE actúa como operador de servicios de televisión digital o como distribuidor y/o suministrador de sistemas de acceso condicional en el sentido de lo dispuesto en el artículo 7 a) de la citada Ley.

El artículo 7.a) de la Ley 17/1997, contempla dos figuras: (i) operadores de televisión –prestación del servicio de televisión digital- y (ii) distribuidores y/o suministradores de sistemas de acceso condicional y de descodificadores, en el siguiente sentido:

“Los sistemas y descodificadores para el acceso condicional que se comercialicen habrán de ser inmediata y automáticamente abiertos y compatibles (...). Se atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las siguientes competencias:

- 1. Aprobar los modelos de contratos que los **distribuidores** y los **operadores** celebren con los usuarios para el uso de los descodificadores y la prestación del servicio de televisión digital (...). Todo contrato de cesión, por cualquier título, de la posesión de los descodificadores y de prestación de servicios de televisión digital mediante acceso condicional habrá de constar en documento ajustado al modelo aprobado por la Comisión (...). Necesariamente, habrá de figurar en el documento los nombres y domicilios del **operador**, del **distribuidor o del suministrador** y los del cliente.*
- 2. Autorizar, previamente, todos los contratos que celebren entre sí los **operadores** respecto del uso compartido de sistemas y descodificadores que no sean técnicamente abiertos y compatibles (...)*
- 3. (...) Primero.- Imponer, si se hubiera frustrado el acuerdo entre **operadores** (...) el régimen jurídico, técnico y económico aplicable al uso compartido de los descodificadores (...) Segundo.- Exigir a los **distribuidores o suministradores**, con o sin establecimiento abierto al público, que informen, por escrito y en su publicidad (...)*

En atención a lo anterior, se procede a analizar si TCABLE se configura como operador de televisión digital o como suministrador de sistemas de acceso condicional.

a) Operador de televisión digital

En el contrato tipo presentado por TCABLE, esta empresa califica al servicio que va a prestar a los usuarios como “servicio de televisión” o como “servicio de difusión”.

Concretamente, en la cláusula 2 (“Descripción del servicio”) del contrato tipo presentado, se describe el servicio a prestar en el siguiente sentido:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El SERVICIO incluido dentro del paquete de servicio de IMAGENIO (...) constituye un servicio de difusión de contenidos audiovisuales e integra las siguientes prestaciones:

- *Distribución de un número determinado de canales de TV digital, mediante el acceso a canales nacionales, locales y canales temáticos.*
- *Distribución de un número determinado de canales de Audio, mediante el acceso a canales musicales temáticos.*
- *Guía de TV y música. Ofrece información de la programación de los servicios de distribución digital, canales sólo audio, PPV, etc.*
- *Otros servicios. Telefónica Cable podrá incorporar a su oferta otros servicios para garantizar la mejor oferta a sus clientes”.*

Al respecto, ha de recordarse que esta Comisión ya se ha manifestado sobre el servicio que TCABLE va a prestar a través del servicio IMAGENIO, indicando que el mismo no tiene el carácter de servicio de difusión de televisión, sino que se trata de los denominados servicios audiovisuales digitales interactivos que se prestan a través de un terminal de televisión. A modo de ejemplo, en la Resolución de fecha 11 de julio de 2002, relativa a la inscripción en el Registro de operadores de servicios de acceso condicional para la televisión digital de la entidad TCable se señaló lo siguiente:

“(...) el sistema propuesto por TCable (...) no puede considerarse como de un servicio de difusión de televisión.”

Por tanto, ha de concluirse que el servicio que TCABLE va a prestar a través del servicio IMAGENIO no tiene la consideración de servicio de difusión de televisión digital, sino de servicio audiovisual interactivo.

b) Operador de acceso condicional.

En el modelo de contrato presentado por TCABLE únicamente se hace alusión al descodificador y al sistema de acceso condicional en la cláusula 3 (“Condiciones para acceder al servicio”) en el siguiente sentido:

“El SERVICIO podrá prestarse única y exclusivamente a aquellos CLIENTES que ya lo sean del Servicio IMAGENIO.

El equipamiento de CLIENTE necesario será el mismo que el contemplado en el servicio IMAGENIO, a saber:

(...)

- *Descodificador contemplado en el Servicio IMAGENIO.*

Según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 7 a) de la Ley 17/1997 (...), se hace constar que el carácter abierto y compatible del sistema de acceso condicional y del equipo descodificador usado para el servicio IMAGENIO, requiere la adopción de acuerdos entre operadores. Estos acuerdos no se han celebrado y, por tanto, el descodificador usado para Imagenio no permite el acceso a la señal de otros operadores.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, ha de indicarse que el *“Descodificador contemplado en el Servicio IMAGENIO”* no es suministrado por TCABLE, sino por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU).

En efecto, en el modelo de contrato a suscribir entre la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y los particulares para la prestación del servicio “Línea Imagenio”, aprobado mediante Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2004, se incluye el suministro del descodificador, que será llevado a cabo por TESAU. Así, según lo dispuesto en la cláusula 5 del citado contrato, para la correcta prestación del citado servicio, el cliente deberá disponer de un descodificador *“que será suministrado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA”*.

Por ello, ha de concluirse que TCABLE tampoco tiene la consideración de operador de sistemas de acceso condicional a los efectos de lo previsto en el artículo 7 a) de la Ley 17/1997 en cuanto a la aprobación de contratos tipo.

Pues bien, en virtud de lo expuesto, se hace necesario concluir que el modelo de contrato presentado por TCABLE no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/1997, al no configurarse la entidad solicitante como operador de televisión digital ni como operador de sistemas de acceso condicional, requisitos éstos exigidos por el ya citado artículo 7 a), por lo que no procede su aprobación por parte de esta Comisión.

No obstante lo anterior, esta Comisión considera necesario poner de manifiesto la confusión que, desde el punto de vista de los consumidores y usuarios, puede generar la existencia de dos contratos distintos a suscribir con entidades diferentes –TESAU y TCABLE- para poder acceder al servicio IMAGENIO.

La participación de TCABLE en la prestación del servicio IMAGENIO –con el consiguiente contrato- en la condición de comercializador de una parte de los servicios responde a una interpretación regulatoria de TESAU que esta Comisión no comparte.

Así, en la Resolución de fecha 24 de julio de 2003, por la que se aprobó el Informe preceptivo sobre la solicitud de TSAU para la aprobación del nuevo servicio “Línea Imagenio”, esta Comisión señaló, en relación con la intervención en la prestación del servicio IMAGENIO de TCABLE que *“cualesquiera servicio audiovisual utilizando la tecnología ADSL, en opinión de esta CMT, difícilmente encajaría en el servicio de difusión de TV tal como hoy es contemplado por la normativa vigente. (...). No tiene sentido que TESAU utilice una filial de manera formalista para atender necesidades regulatorias. Esas necesidades no existen pues ella misma puede prestar esos servicios sin necesidad de contar con una concesión de servicios de difusión de Televisión.”*

Por todo ello, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ACUERDA

ÚNICO.- No aprobar el modelo de contrato presentado por TELEFÓNICA CABLE, S.A.U. al no encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre.

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 de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES