



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMUDEZ ODRIOSOLA, 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 1997/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de septiembre de 1998, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION EN EL EXPEDIENTE SOBRE LA SUPRESION, POR PARTE DE CABINAS TELEFONICAS, S.A., DE LAS LLAMADAS A NUMEROS 900 DESDE LOS TERMINALES DE USO PUBLICO SITUADOS EN AEROPUERTOS Y ESTACIONES DE FERROCARRIL.

HECHOS

Primero.- Mediante escrito con fecha 17 de agosto de los corrientes, cuya entrada en esta Comisión fue registrada ese mismo día, la entidad RSL COMMUNICATIONS SPAIN, S.A. (en adelante RSL) se dirige a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), poniendo de manifiesto determinada conducta de la compañía CABINAS TELEFONICAS, S.A. (en adelante CABITEL) en el mercado de la explotación de equipos terminales telefónicos de uso público en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril situados en territorio español. Asimismo, solicita de esta Comisión la adopción de las medidas oportunas a los efectos de poner fin a la conducta de CABITEL en los mercados afectados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Dicha conducta consiste en la supresión de las llamadas a los números 900 desde los teléfonos públicos de referencia. Este prefijo de numeración telefónica es utilizado para prestar el servicio de cobro revertido automático. La supresión mencionada afecta a todos los abonados del servicio telefónico básico que, por razón de sus actividades comerciales o profesionales, tienen contratado el servicio de cobro revertido automático, especialmente a las entidades que prestan el Servicio de Valor Añadido de tarjetas telefónicas prepago, puesto que conectan a los usuarios con sus centros de gestión automática de llamadas mediante el citado servicio.

Tercero.- RSL es una de esas entidades y alega que la actividad de CABITEL le impide operar con unos niveles mínimos de calidad. El negocio de las tarjetas prepago es un mercado emergente de gran potencial en España, dada la masiva afluencia de turistas.

Cuarto.- Con fecha 4 de septiembre de 1998, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones practicó requerimiento de información en el que se recababa de la entidad CABITEL, entre otros extremos, información en torno a la eventual firma de acuerdos de exclusiva entre CABITEL y las entidades AENA y RENFE; motivación de la conducta de CABITEL; uso de tarjetas telefónicas prepago; contraprestación económica a cargo de los operadores del servicio telefónico básico; costes en los que incurre CABITEL cuando se realizan llamadas desde sus terminales; número de minutos y de llamadas a números 900 desde los mismos e ingresos aportados por aquéllas.

Los datos aportados a esta Comisión fueron los siguientes:

- CABITEL tienen efectivamente suscritos y en vigor, sendos contratos con AENA y RENFE para la explotación comercial de los teléfonos de uso público, en sus respectivas dependencias, sin que en ningún caso suponga ningún tipo de exclusividad, pudiéndose otorgar otras concesiones para la misma actividad.
- Ha restringido el acceso a los números 900 desde algunos de sus terminales, como consecuencia del importante incremento que se venía produciendo en la utilización de los mismos, por clientes de servicios internacionales de cobro revertido.

La utilización masiva de estos servicios, provoca problemas, tanto para los potenciales clientes de CABITEL, aunque no pueden acceder al terminal, como para los titulares de las dependencias (AENA y RENFE), que ven disminuido el importe del canon que CABITEL se compromete a abonarles



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por contrato, y que está en función de la factura del tráfico que se genera, y a la que no aportan nada las llamadas gratuitas a estos servicios.

- Las únicas tarjetas prepago autorizadas para utilizarse en los terminales de CABITEL, son las tarjetas emitidas y comercializadas por CABITEL.

Aunque no consideradas propiamente como tarjetas prepago, también se autorizan para su utilización en los mismos terminales, las tarjetas monedero con cuyos emisores se hayan suscrito los pertinentes acuerdos.

Los emisores de estas tarjetas monedero, perciben una comisión similar a la que reciben del resto de comercios en los que se utilizan sus tarjetas como medio de pago.

- CABITEL no recibe de ningún operador del servicio telefónico básico, contraprestación alguna por las llamadas realizadas desde sus terminales a los números 900 o de cobro revertido automático.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa debe analizarse la naturaleza del servicio que CABITEL explota y las obligaciones que se derivan para dicha entidad como consecuencia de su prestación.

En este sentido cabe afirmar que el servicio prestado por CABITEL no puede ser calificado como servicio de telefonía básica, sino como servicio de telecomunicaciones de valor añadido, habida cuenta que el artículo 2.1 del Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, que delimita el servicio telefónico básico, exceptúa de la citada calificación la explotación de terminales telefónicos conectados a puntos de terminación de la Red Telefónica Conmutada cuando están situados en dominio público adscrito, directa o indirectamente, a la prestación de un servicio público. El supuesto que nos ocupa quedaría pues englobado en dicha excepción, en la medida que las dependencias de RENFE y AENA revisten la condición de dominio público adscrito a la prestación de un servicio público.

SEGUNDO.- Por el contrario, el servicio prestado por CABITEL debe calificarse como un servicio de valor añadido, a tenor de lo dispuesto en el citado Real Decreto, cuyo artículo 4.1 cataloga como tal la explotación de terminales de uso público si la actividad requiere el envío o recepción de información con carácter previo, simultáneo o posterior a la comunicación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

vocal. La misma apreciación es compartida por el artículo 36 del Reglamento técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, aprobado por el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre.

TERCERO.- Considerado como servicio de valor añadido, y por tanto liberalizado en su prestación, la normativa sectorial de referencia no impone al operador, al menos de forma directa, la obligación de ofrecer a los usuarios la posibilidad de acceder a todos ya cada uno de los puntos de terminación de red que ofrece el servicio telefónico básico. Tampoco contiene ninguna previsión al respecto la Resolución del Director General de Telecomunicaciones de 21 de julio de 1995, por la que se otorgó a CABITEL el preceptivo título habilitante. Consiguientemente, el marco regulador no permitiría a esta Comisión imponer a CABITEL la obligación de restablecer las llamadas a los números 900, ni denunciar la conducta que nos ocupa ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del Ministerio de Fomento.

CUARTO.- Ello no obstante, el análisis de las prácticas de CABITEL que se han denunciado no concluye en la exégesis de la normativa de telecomunicaciones a la que se ha hecho mención, sino que, por mor de la encomienda que la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones realiza a esta Comisión, debe extenderse a la revisión de eventuales conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, en este caso constreñido a los mercados relevantes del servicio de explotación de terminales de uso público y al del servicio de valor añadido de tarjetas prepago que según denuncia RSL resulta alterado como consecuencia de la restricción en las llamadas a números 900.

Al respecto, se recuerda que para el cumplimiento de esta encomienda, el artículo 1 Dos 2 c) de la Ley más arriba citada atribuye a la CMT la función de velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias; y el artículo 1 Dos 2 f) de la misma Ley faculta a dicho organismo para adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Desde este ámbito, esto es, el examen de la conducta de CABITEL desde el punto de vista de la competencia en el mercado, es preciso definir, en primer término, la posición que ocupa dicha operadora en los mercados a los que se ha hecho mención.

Es constante la jurisprudencia tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al fijar como condiciones que permiten considerar a una empresa en abuso de posición de dominio en un determinado mercado las siguientes: el mercado relevante geográfico y del producto; la existencia de una posición de dominio, y, eventualmente la descripción de la conducta abusiva (Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, “Roca Radiadores”; de 8 de julio de 1996, “A.E, S.A.” y de 4 de febrero de 1997, “Servicom”, entre otras).

Determinado en el presente caso el mercado relevante geográfico y de producto (mercado de explotación de equipos terminales telefónicos de uso público en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril situados en territorio español; mercado del servicio de cobro revertido automático y del servicio de tarjetas prepago que conectan a los usuarios con sus centros de gestión mediante el citado servicio), procede seguidamente analizar las restantes condiciones que se han señalado.

SEXTO.- En relación a la segunda de las condiciones, debe significarse que la posición dominante que pueda ostentar una determinada entidad no resulta únicamente de eventuales acuerdos de exclusiva que ésta haya podido concluir, sino también de una serie de criterios tanto estructurales (relativos a su posicionamiento en los mercados afectados) como de comportamiento (referentes a su capacidad para influenciar las condiciones y evolución de aquellos) que permiten identificar la noción que nos ocupa.

En el caso que nos ocupa, obsérvese igualmente la particular condición de CABITEL como a). entidad que ostenta en el mercado relevante de explotación de terminales telefónicos de uso público una posición de dominio, según datos que obran en poder de esta Comisión en relación al número de terminales de uso público instaladas, b). filial al cien por cien de una compañía matriz, TELEFONICA, S.A., que ostenta una indiscutible posición de dominio en mercados conexos, y en particular en el del servicio de cobro revertido automático.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Advertida la concurrencia de la segunda de las condiciones, resta por examinar la última de las mencionadas determinante de una intervención administrativa de salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

En este sentido, concretada la conducta en la denegación del suministro de un determinado servicio, hasta ese momento prestado, debe analizarse si concurren causas objetivamente justificadas para esa denegación.

Y en este sentido, y aún con la provisionalidad que representa una resolución como la presente, en la que no se han recabado todos los elementos de juicio necesarios, se advierte que las razones esgrimidas por la entidad CABITEL para justificar la suspensión del servicio -incremento del número de llamadas al servicio 900 con el consiguiente aumento de costes derivado de la ausencia de contraprestación alguna por parte de operadores del servicio telefónico básico; disminución del canon abonado a otras entidades- no resultan lo suficientemente relevantes para considerar en un primer examen dicha conducta como respetuosa con la libre competencia en el mercado.

Para mayor abundamiento, se llama la atención sobre el hecho de que, como reconoce la propia CABITEL en su respuesta al requerimiento practicado, no se percibe contraprestación económica alguna de los operadores del servicio telefónico, por tanto de TELEFONICA, S.A., al tiempo que incurre en costes. Este factor, que de por sí podría plantear problemas en términos de exigencias competitivas, resultaría especialmente significativo en el supuesto a tratar, habida cuenta del especial vínculo existente entre las entidades implicadas y de la condición antes aludida de la empresa matriz como operador dominante en mercados conexos.

Debe recordarse, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reiterada en la materia, que la posesión de una parte del mercado extremadamente importante coloca a la empresa que la ostenta durante un período de una cierta duración, por el volumen de producción y de oferta que ella representa -sin que los que ostentan partes sensiblemente más reducidas tengan la posibilidad de satisfacer rápidamente la demanda que deseara emigrar- en una situación de fuerza que le asegura, cuando menos, durante períodos relativamente largos la independencia de comportamiento característica de la posición de dominio, manteniendo, a pesar de una competencia fuerte, partes importantes del mercado intactas para ella.

De ahí que a dichas empresas incumba, independientemente de las causas de tal posición, una responsabilidad particular de no atentar con su comportamiento contra una competencia efectiva y no falseada en el mercado (S. “Michelin” y Resoluciones “Roca Radiadores” fundamento quinto;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 27 de julio de 1995, “SENASA”, fundamento tercero, entre otras, del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Por tanto, una empresa dominante tiene una obligación especial de no hacer nada que pueda deteriorar aún más la ya frágil estructura de competencia o impedir deslealmente la emergencia y crecimiento de competidores nuevos o existentes que pudieran desafiar ese dominio y aportar el establecimiento de una competencia efectiva.

Constituyen una explotación abusiva de la posición de dominio los comportamientos que son susceptibles de influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente como consecuencia de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de concurrencia está ya debilitado y que tienen como efecto, obstaculizar, el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de ella, por la vía del recurso a medios distintos de los que gobiernan una competencia normal de productos y servicios sobre la base de las prestaciones ofrecidas por los operadores económicos.

Por todo lo antedicho, podríamos estar ante una práctica calificable de abusiva y, en consecuencia, prohibida.

OCTAVO La CMT, en el ejercicio de su misión de salvaguarda de la competencia puede adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, pudiendo consistir las mismas en órdenes de cesación de conductas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiere recaer si existiesen suficientes elementos de juicio para ello (Art. 31 del Reglamento de la CMT)

Estas medidas, que se corresponden con las previstas en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exigen como requisitos previos para su adopción:

- Existencia de elementos de juicio suficientes.
- Necesidad de la medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de violación de derechos amparados en leyes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre; 22/1985, de 15 de febrero).

- a) Respecto de la existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida cautelar, baste señalar que existe un reconocimiento expreso por parte de la entidad CABITEL de que el servicio ha sido interrumpido, sin que las razones aducidas justifiquen una medida de estas características que incide en la actividad de otras operadoras, mermándola.
- b) En cuanto a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución, debe tenerse en cuenta la naturaleza de uno de los mercados afectados -el de las tarjetas prepago- de incipiente desarrollo en nuestro país, y en el que los operadores tratan de obtener parte de su clientela -fundamentalmente turistas- en dependencias como puedan ser aeropuertos o estaciones de ferrocarril en las que se ha suspendido el servicio.

De no adoptarse la medida, alguna de las operadoras que inician su actividad en el mercado -con escasa presencia en el mismo- podrían verse en dificultades de competir si se prolonga la medida.

- c) Por lo que hace a la inexistencia de perjuicios de difícil o imprevisible reparación a los interesados, debe indicarse que el efecto que se pretende con la medida cautelar es justamente el contrario: evitar perjuicios a los operadores que venían prestando el servicio de cobro revertido automático, en relación a los ingresos que regularmente venían obteniendo por esta causa.

En relación a CABITEL no se puede hablar de perjuicios de difícil o imprevisible reparación en la medida en que hasta la fecha vanía permitiendo las llamadas al número 900 sin ninguna restricción, máxime cuando dicha entidad ha manifestado que no viene cobrando (sin indicar la causa) ninguna contraprestación a los operadores del servicio telefónico básico por servir ese tipo de llamadas.

NOVENO La medida cautelar debe adoptarse con urgencia ante la existencia de una conducta que interrumpe un servicio que se venía prestando hasta la fecha y que constituye la principal actividad de algunas operadoras .



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, priva a determinados usuarios del disfrute de un servicio al que hasta ese momento habían accedido sin restricciones.

Esta misma urgencia determina que se prescinda en el presente caso del trámite de audiencia, por otra parte no exigido en los preceptos que permiten la adopción de esta medida y sin que ello implique indefensión por cuanto la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga, y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso.

En razón de todo lo expuesto en la presente Resolución, y acogiéndose a las competencias conferidas por el artículo 1.Dos., apartado 1 y apartado 2, letras c) y f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, así como por los artículos 4, 5.1 y 19.1 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acuerda:

- Proceder a la apertura de expediente administrativo, conforme a las previsiones de los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a fin de apreciar eventuales infracciones de la libre competencia en los mercados relevantes y, en su caso, adoptar las medidas oportunas previstas en los apartados c) y f) del artículo 1 Dos.2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.
- Adoptar la medida cautelar consistente en la orden de cesación de la conducta consistente en las restricciones a la posibilidad de efectuar llamadas a los números 900 desde los equipos terminales telefónicos de uso público sitos en aeropuertos y estaciones de ferrocarril situados en territorio español.
- Dar traslado de la presente Resolución a quienes acrediten la condición de interesados en el procedimiento de referencia.

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 podrá interponerse recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 artículo 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, 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 Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola