



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ 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 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 22 de diciembre 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., DEL ACCESO A NUMEROS 900 DESDE ALGUNOS DE SUS TERMINALES DE USO PUBLICO SITUADOS EN AEROPUERTOS Y ESTACIONES NACIONALES DE FERROCARRIL.

I. 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 nacional de acceso a números 900 desde terminales telefónicos de uso público sitos en aeropuertos y estaciones de ferrocarril (en adelante los terminales). 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, con fecha 8 de agosto de los corrientes, de las llamadas a los números 900 desde los teléfonos públicos de referencia. El citado prefijo de numeración telefónica es utilizado para prestar un servicio de inteligencia de red, a saber, el servicio de cobro revertido automático. La supresión de acceso llevada a cabo por CABITEL afecta pues 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, concretamente a las entidades que prestan el servicio de valor añadido de tarjetas telefónicas prepago, puesto que éstas operadoras conectan a los usuarios con sus centros de gestión automática de llamadas mediante el citado servicio.

Tercero.- RSL es un operador de telecomunicaciones que en su momento presentó ante la CMT solicitud para la concesión de autorización administrativa para la prestación del servicio de telecomunicaciones de valor añadido de tarjetas telefónicas prepago. Posteriormente, con fecha 30 de octubre de 1998, recondujo dicha solicitud en una notificación de prestación de dicho servicio al amparo de una autorización general. Mediante escrito de 13 de noviembre de 1998, solicitó inclusión del nuevo expediente en su solicitud de licencia B1, formulada el día 23 de octubre de los corrientes. Con fecha 30 de noviembre de 1998, la CMT ha procedido a la incorporación solicitada. RSL alega en el escrito dirigido a esta Comisión que la actividad de CABITEL le impediría operar con unos niveles mínimos de calidad.

Por su parte, CABITEL, en las alegaciones presentadas en el marco del presente procedimiento aduce que RSL está ya prestando el servicio para el que carecería de título habilitante, adjuntando pruebas de ello. Conviene a este respecto significar que las alegaciones de CABITEL carecen de relevancia en relación al presente procedimiento, por no guardar relación, como se verá, con las cuestiones que en el marco del mismo se tratan de sustanciar. Ello no obstante, esta Comisión procederá separadamente al estudio de las alegaciones de referencia.

Cuarto.- Con fecha 4 de septiembre de 1998, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones practicó un requerimiento de información por medio del cual se solicitaba de la entidad CABITEL información referente a los siguientes extremos: a). eventual firma de acuerdos de exclusividad con las entidades AENA y RENFE; b). motivación de la conducta seguida en el mercado relevante; c). uso de tarjetas telefónicas prepago; d). contraprestación económica a cargo de los operadores del servicio telefónico básico; e). costes en los que incurre CABITEL cuando se realizan llamadas desde sus terminales; f). número de minutos y de llamadas a números 900 desde los mismos e ingresos aportados por éstas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho requerimiento fue practicado en el marco de un período de información previa abierto al amparo de lo previsto en el artículo 69.Dos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha petición de información tenía por objeto conocer suficientemente las circunstancias del caso que nos ocupa, y decidir sobre la conveniencia de iniciar o no el correspondiente procedimiento administrativo. Por su parte, la entidad requerida aportó los datos solicitados mediante escrito registrado en la CMT con fecha 17 de septiembre de 1998.

Quinto. Con fecha 24 de septiembre de 1998, la CMT adoptó una resolución en el expediente que nos ocupa, acordando:

“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”.

Sexto.- La adopción de la medida cautelar de referencia obedecía, como razonadamente se expuso en el pertinente acuerdo adoptado por el Consejo de esta Comisión, a la existencia de indicios fundados concernientes a la posible incompatibilidad de la conducta de CABITEL, en el mercado relevante, con las exigencias de la libre competencia, en términos de abuso de posición de dominio.

Séptimo.- En el marco del procedimiento principal a sustanciar, y mediante escritos con fecha 28 de septiembre de los corrientes, la CMT procedió a dirigir a las partes directamente interesadas en el mismo sendos requerimientos de información, en virtud de los cuales se solicitaban una suerte de datos relativos a la actividad y posición de los interesados en los mercados relevantes, así como su posicionamiento sobre eventuales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

soluciones a adoptar. Las peticiones cursadas fueron satisfechas mediante escritos registrados en la CMT con fecha 9 de octubre de 1998, en el caso de la entidad RSL, y 14 del mismo mes de los corrientes, en el caso de CABITEL.

En su escrito de contestación, RSL puso de manifiesto, entre otros extremos:

- Que la medida adoptada por CABITEL obstaculiza sustancialmente el interés del usuario y la provisión del servicio que RSL pretende ofrecer, pues priva a aquél de la posibilidad de hacer uso de tarjetas telefónicas prepago desde aeropuertos y estaciones de ferrocarril, con lo cual se desvirtúa el compromiso contraído por el operador en cuanto a las facilidades de uso inherentes a las tarjetas de referencia.
- Que la conducta de CABITEL, además de desproporcionada, es discriminatoria pues no ha afectado al número gratuito (083) a través del cuál TELEFONICA ofrece sus servicios de tarjeta telefónica.
- Que en estos momentos no procedería imponer a los suscriptores de números 900 (a todos ellos), una compensación económica por la utilización de los mismos dada la ausencia de competencia efectiva en la prestación de servicios 900 que no ha sido incluida por TELEFONICA en su oferta de interconexión de referencia (OIR), y cuyos precios no están orientados a costes. Una vez exista la competencia de referencia, podría establecerse algún tipo de compensación. Con anterioridad a ese momento, no se haría sino reforzar la posición del operador dominante y erigir una barrera de entrada en perjuicio de los nuevos entrantes.

Asimismo, TELEFONICA debe demostrar fehacientemente que dispone de las facilidades técnicas necesarias para identificar las llamadas a números 900 efectuadas desde terminales telefónicos fijos de uso público.

- A la vista de todo ello, y dada la posición de domino de que ocupa CABITEL en el mercado de cabinas telefónicas situadas en el dominio público o en establecimientos públicos, así como su condición de filial 100% de la matriz TELEFÓNICA, la conducta puesta de manifiesto por RSL constituiría un comportamiento abuso contrario a la libre competencia.

Por lo que a la contestación de CABITEL se refiere, esta entidad puso de manifiesto, entre otros extremos:

- En cuanto a la motivación e intencionalidad de su conducta: las llamadas a números 900 que se efectúan desde los terminales de continua referencia le generan unos costes que no puede compensar debido a la ausencia de ingresos, dada la gratuidad de dichas llamadas para el llamante. Asimismo,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se origina un lucro cesante como consecuencia de que la utilización de los terminales para acceder a los números 900 impide materialmente su uso por parte de usuarios que pretendan efectuar llamadas que sí generan ingresos para CABITEL al estar sujetas a un mecanismo de facturación diferente. En definitiva se causa a la entidad de referencia un serio perjuicio que, en los meses anteriores a la restricción de acceso, se vio significativamente agravado por el incremento en el acceso a números 900 desde terminales sitos en aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio nacional.

Conforme a la propia literalidad de uno de los escritos de esta compañía, *“La intención de CABITEL no era otra que la de limitar la utilización de sus terminales para llamar a los números 900 a través de los cuales se realizaban llamadas, fundamentalmente, internacionales por las empresas revendedoras de tráfico, situación que no está amparada por la legalidad vigente (...)”*.

- Por lo que se refiere al alcance de la medida: no se ha restringido el acceso a números 900 desde terminales sitos en dominio público (propiedad de la matriz TELEFONICA), sino únicamente desde los terminales ubicados en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio nacional. En lo que se refiere a estos últimos, no se practicó ninguna discriminación en la restricción por la imposibilidad técnica de CABITEL de identificar cuáles de las llamadas cursadas desde los terminales en cuestión lo eran a números 900. No se vio afectado el uso de las tarjetas autorizadas para su utilización en los terminales de CABITEL (Teletarjeta Telefónica, Tarjeta Personal de Telefónica, tarjetas de crédito y tarjetas monedero comerciales), pues en su caso la prestación del correspondiente servicio telefónico no requiere el acceso a números 900 y, consiguientemente no suponen un perjuicio económico para CABITEL.

CABITEL no imposibilitó el acceso de los usuarios a los números 900 desde los terminales de continua referencia, ya que la restricción afectó solamente al 29,08% de la planta total de cabinas ubicadas en las instalaciones de AENA y RENFE, por otra parte en estas dependencias existen aproximadamente 230 terminales de uso público pertenecientes a operadoras distintas de CABITEL.

- En lo concerniente a la habilitación de la CMT para apreciar eventuales infracciones de la libre competencia: a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, no corresponde a esta Comisión dicha apreciación ni la adopción de medidas cautelares como la que nos ocupa, sino al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En cuanto al procedimiento seguido por la CMT para la adopción de la Resolución dictada por ésta con fecha 24 de septiembre de los corrientes: se ha prescindido del riguroso estudio para la determinación del mercado que todo pronunciamiento como el que nos ocupa requiere, así como del trámite de audiencia a CABITEL y de la exigencia de las adecuadas garantías a la denunciante respecto del posible daño que la medida cautelar pudiera ocasionar de no ser ajustada a derecho. En cuanto a la delimitación del mercado relevante : éste quedaría configurado por los servicios de telecomunicaciones a los que se puede acceder a través de llamadas a cobro revertido a los números 900 desde terminales telefónicos de uso público y que son abonado mediante tarjetas prepago.
- En cuanto al acceso a los servicios ofrecidos por la denunciante : puede realizarse desde cualquier terminal, tanto privado como de uso público, tanto fijo como móvil. Asimismo, se puede lograr bien a través de llamadas a números 900, bien mediante cualquier otro número, siempre que se llegue a conectar al cliente con el centro servidor del operador.
- En relación a la posición de CABITEL en el mercado relevante : esta compañía (cuyas concesiones, tanto en el caso de AENA como en el de RENFE, tienen carácter no exclusivo, según indica la interesada) considera no disfruta de posición de dominio en el mercado de la explotación de terminales de uso público en España, desde los que los potenciales clientes de servicios de telecomunicaciones como los ofrecidos por la denunciante pueden acceder a los mismos idéntica consideración se predica respecto del acceso a dichos servicios desde aeropuertos y estaciones de ferrocarril. Asimismo la condición de CABITEL como filial 100% de TELEFONICA, no le confiere posición dominante alguna, puesto que las estrategias de ambas son independientes, respondiendo a coordenadas distintas. De hecho, la empresa matriz no procedió a restringir desde sus propios terminales de uso público el acceso a números 900.
- En cuanto a un eventual abuso de posición dominante contraria a la libre competencia : al no ostentar dicha posición, CABITEL no puede haber incurrido en comportamiento abusivo alguno. Pero incluso si se considerase que esta entidad tiene mayor poder de mercado, su actuación sería justificable por causas económicas. Se observa que la explotación de terminales de uso público constituye un servicio de telecomunicaciones de los antes denominado de valor añadido, que se presta en libre competencia y consiguientemente conforme a las máximas que rigen todo mercado abierto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por lo que se refiere a la información destinada a los usuarios de tarjetas telefónicas prepago : CABITEL no tiene relación contractual alguna con los mismos siendo por tanto responsabilidad exclusiva de las empresas emisoras de tarjetas la información a sus clientes sobre los puntos desde los que se puede acceder a sus servicios esta información hubiera podido ser proporcionada en tiempo real a través de los teléfonos 902 indicados en las tarjetas (servicio de atención al cliente).
- En lo concerniente a la obligación de dar acceso a los números 900 : CABITEL no está sujeta a obligación legal alguna en este sentido, de la misma manera que, a diferencia de TELEFONICA, no tiene obligación de proporcionar servicio universal.
- Por lo que se refiere a una compensación económica por el uso de sus terminales (que no constituyen una facilidad esencial) : CABITEL considera tiene derecho a la misma, aunque no ha podido ni puede establecer mecanismos al respecto, puesto que los operadores que prestan servicios telefónicos desde terminales de uso público, a través de tarjetas telefónicas prepago que requieren acceso a números 900, carecen de título habilitante para ello. Disponen únicamente de título habilitante para la prestación de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, que no incluye la prestación de telefonía básica al público en general. Se produce pues un desvío de tráfico sin licencia, no una mera llamada a números 900.

Si la empresa dispusiere del título habilitante adecuado, CABITEL, AENA y RENFE deberían poder cobrar al menos la parte proporcional, correspondiente a las llamadas de referencia, de los gastos de mantenimiento de los terminales, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de la empresa titular de la tarjeta telefónica prepago.

- * CABITEL aporta asimismo datos referentes a los costes en los que incurre, el lucro cesante sufrido, y el incremento experimentado por las llamadas a números 900 desde los terminales de continua referencia

Octavo.- La Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante ASTEL), considerándose parte interesada en el procedimiento que nos ocupa, al representar los intereses de empresas directamente afectadas por el mismo, remitió a la CMT un escrito, fechado el 9 de octubre de 1998, en el que daba a conocer su posición sobre el expediente de continua referencia, habiendo sido incorporado al mismo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 31.Uno.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ASTEL ostenta la condición de interesado en el presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno.- Mediante escritos de fecha 19 de noviembre de 1998, se procedió a dar trámite de audiencia a los interesados, que fue cumplimentado por estos en virtud de escritos fechados el 4 de diciembre de 1998 (CABITEL) y el día 3 del mismo mes (RSL y ASTEL). A lo largo de las alegaciones presentadas, las partes abundan en lo por ellas manifestado con anterioridad.

Décimo.- Con 20 de noviembre de los corrientes CABITEL puso en conocimiento de esta Comisión la interposición de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra la Resolución de este organismo de 24 de septiembre de 1998, sobre supresión de las llamadas a números 900 desde los terminales de uso público situados en aeropuertos y estaciones de ferrocarril.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

II.A). EN LO QUE A CIERTAS CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN SE REFIERE.

II.A.1) Habilitación competencial de esta Comisión para la defensa de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Esta Comisión es competente para conocer y resolver el presente expediente, de conformidad con lo dispuesto en las letras c) y f) del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, a cuyo tenor, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de su objeto, que constituye la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, tendrá, entre otras funciones:

c) Velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas.

f) Adoptar las medidas oportunas para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al 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 servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La entidad CABITEL discute la competencia de esta Comisión , entendiendo que correspondería conocer del presente expediente a los órganos de defensa de la Competencia radicados en el Ministerio de Economía y Hacienda, invocando al efecto la Disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones , sobre coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Esta alegación no puede aceptarse en la medida que una cosa es la coordinación con dicho órgano administrativo , reconocida en alguna medida en el Reglamento de esta Comisión, y otra que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no deba ejercitar las competencias que le son propias, especialmente cuando se producen denuncias y solicitudes de intervención por parte de los operadores de telecomunicaciones.

Téngase en cuenta que el artículo 69 de la propia Ley General de Telecomunicaciones ha ratificado todas las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contenidas en la Ley 12/1997, de 12 de abril, sin excepción alguna.

De lo que se trata con la disposición adicional séptima es de que la Comisión, cuando advierta una práctica contraria a la competencia de la que debiera conocer el Servicio de Defensa de la Competencia, lo ponga en conocimiento de dicho órgano, pero sin que eso signifique la dejación de funciones propias, cuando se le presenten denuncias sobre asuntos de la propia competencia o cuando estime, dentro de sus funciones legalmente reconocidas, que deba intervenir.

Esta interpretación, cuenta con el debido respaldo de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado en su informe de fecha 30 de septiembre de 1997 que resuelve las discrepancias surgidas entre la Asesoría Jurídica de la Secretaría de Estado de Economía y el informe del Secretario del Consejo de la Comisión sobre la potestad sancionadora de esta para garantizar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, y en el que se reconoce la función de la Comisión consistente en dictar resoluciones para velar por la libre competencia en el mercado así como la potestad para abrir expedientes sancionadores en el caso de que dichas resoluciones fueran incumplidas.

II.A.2) En cuanto a la legitimación procesal de RSL en el presente expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CABITEL, en las alegaciones presentadas en el marco del presente procedimiento aduce que RSL está ya prestando el servicio para el que carecería de título habilitante, adjuntando pruebas de ello. Asimismo se pone de manifiesto que, a la vista de la referida circunstancia RSL carecería de legitimación para promover el procedimiento que nos ocupa.

En relación al primero de estos extremos, conviene significar que las alegaciones de CABITEL carecen de relevancia en relación al presente procedimiento, por no guardar relación, como se verá, con las cuestiones que en el marco del mismo se tratan de sustanciar. Ello no obstante, esta Comisión procederá separadamente al estudio de las alegaciones de referencia.

En cuanto al segundo de los extremos aducidos, cumple señalar que la presencia legítima de un ciudadano-administrado en el procedimiento administrativo, por sí mismo o bien a través de su representante legal, necesita de una cierta vinculación con el asunto que es objeto de aquel, es decir que guarde alguna relación con sus derechos e intereses. Como reconoce la propia doctrina administrativista es necesario que “se le haya perdido algo o tenga algo que ganar en él”. En el caso de RSL la vinculación de referencia provendría de su condición de solicitante del título que sea preceptivo para poder prestar el servicio de telefonía a través de tarjetas telefónicas prepago.

II. B). DEL ACCESO A NUMEROS 900 DESDE TERMINALES TELEFONICOS DE USO PUBLICO SITOS EN DOMINIO PUBLICO VINCULADO A LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO.

II.B.1) Desde la perspectiva de la normativa sectorial de aplicación.

La solicitud de intervención presentada en su momento por la entidad RSL gira en torno a un aducido derecho de acceso a los números 900 desde los terminales de continua referencia y, consiguientemente, a la correlativa obligación, para las entidades que explotan estos terminales, de garantizar dicho acceso.

La normativa sectorial española ha estado tradicionalmente configurado de manera tal que las facilidades a las que se podía acceder desde un terminal público dependían de la ubicación del mismo, no de las necesidades de quienes se suponía iban a hacer uso de él. Como se verá seguidamente, sólo debía garantizarse el acceso a la totalidad de los puntos de terminación de la red pública conmutada en el caso de los terminales sitios en el dominio público, cuya explotación quedaba catalogada como servicio de telefonía básica. Únicamente TELEFONICA, en su calidad de propietario exclusivo de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminales ubicados en dominio público y de proveedor igualmente exclusivo de servicios telefónicos básicos, estaba obligada a proporcionar acceso a números gratuitos desde dichos terminales. En consecuencia, el usuario llamante solamente podía beneficiarse de este tipo de facilidad desde las cabinas situadas en la vía pública.

El Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores se remitía (artículo 36), en lo que respecta al servicio de cabinas públicas, a lo dispuesto por el Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, por el que se delimita el servicio telefónico básico.

A la luz de éste último, en términos de caracterización jurídica la explotación de los terminales no constituía un servicio de telefonía básica, sino un servicio de telecomunicaciones de valor añadido. Efectivamente, el artículo 2.Uno, párrafo segundo del Real Decreto 1647/1994 exceptuaba de la referida calificación la explotación de terminales telefónicos conectados a puntos de terminación de la Red Telefónica Conmutada (RTC) cuando dichos terminales están situados en dominio público adscrito, directa o indirectamente, a la prestación de un servicio público. La explotación de terminales telefónicos de uso público que no constituía un servicio de telefonía básica quedaba catalogado, a tenor de lo dispuesto por el artículo 4.Uno del mismo texto legal, como un servicio de telecomunicaciones de valor añadido si, con carácter previo, simultáneo o posterior a la comunicación vocal, se requería el envío o recepción de información.

Como tal servicio de valor añadido, prestado pues en régimen de libre competencia, el elenco de obligaciones recogidas por el citado Real Decreto 1647/1994, de 22 de julio, no imponía de forma directa la oferta a los usuarios de la posibilidad de acceder a todos y cada uno de los puntos de terminación de la RTC, a diferencia de la explotación de terminales públicos que sí quedaba catalogado como un servicio telefónico básico.

La adaptación del Real Decreto 1647/1994 al nuevo entorno competitivo, en virtud del Real Decreto 769/1997, de 30 de mayo, no ha incorporado previsión alguna a los efectos que aquí interesan, limitándose a establecer que *“en todo caso, será posible hacer desde estos terminales llamadas de emergencia”*. Tampoco impone la oferta de acceso a números gratuitos la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, ni el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que a la normativa comunitaria se refiere, la obligación de acceso de constante referencia no encuentra ubicación específica. La Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, recoge únicamente la obligación de garantizar el acceso, desde teléfonos públicos, al número único europeo de urgencia “112” y a otros números de urgencia nacionales.

La entidad CABITEL suscribió en su momento sendos contratos, vigentes a fecha de hoy, con los entes públicos AENA y RENFE, en virtud de los cuales se le confiere la explotación de terminales telefónicos de uso público en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio nacional. A la luz de las disposiciones citadas, y en la medida que las dependencias de AENA y RENFE están ordenadas a la prestación del servicio público de transportes, el supuesto que nos ocupa quedaba pues englobado en la excepción de referencia, habiendo siendo calificado el servicio prestado por CABITEL como servicio de telecomunicaciones de valor añadido, que se ha venido prestando mediante la pertinente autorización administrativa, otorgada por la autoridad competente con fecha 21 de julio de 1995.

En ausencia, como se ha visto, de específicas previsiones imperativas, la obligación de posibilitar el acceso a los números 900 no ha sido hasta la fecha contemplada en los contratos suscritos por la entidad CABITEL con AENA y RENFE, ni en el contrato tipo de abono al servicio telefónico para la explotación de un terminal destinado al uso público en establecimiento público, suscrito por CABITEL y TELEFONICA. Tampoco quedó en su momento recogida por el citado título habilitante otorgado el 21 de julio de 1995.

Con fecha 23 de noviembre de los corrientes, la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento ha adoptado una Resolución (en adelante la Resolución) por la que se aprueba el contrato-tipo de abono al servicio telefónico para la explotación de un terminal destinado al uso público en establecimiento público. La notificación a los interesados tuvo lugar el 26 de noviembre de 1998. El modelo contractual aprobado establece en el párrafo segundo de su cláusula sexta que *“el Abonado estará obligado a permitir que desde los equipos terminales conectados al PTR puedan realizarse como mínimo llamadas correspondientes a los servicios telefónicos metropolitano, provincial, interprovincial e internacional, a los servicios de inteligencia de red disponibles al público que no requieran un alta expresa por parte del Abonado, a los servicios de emergencia, a los servicios de directorio y llamadas con destino a los servicios de telefonía móvil”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al imponer una específica obligación de acceso a los referidos servicios de inteligencia de red, y consiguientemente a números gratuitos, desde terminales telefónicos sitos en establecimientos públicos, el legislador colma así el vacío jurídico existente y configura un marco regulador más acabado que da respuesta a las expectativas generadas, fundamentalmente, desde la óptica del usuario final de telecomunicaciones, aunque la garantía de un acceso a números gratuitos desde los terminales de referencia incide asimismo sobre los intereses de quienes hacen uso de los números 900 por razones, fundamentalmente, comerciales y de interés general.

A la luz de la Resolución de referencia, el contrato de abono que hasta ahora regulaba las relaciones entre TELEFONICA y CABITEL habrá de adecuarse a las previsiones contenidas en el nuevo modelo de contrato-tipo por ella aprobado. Consiguientemente, a partir de la fecha de notificación a los interesados de la citada Resolución, y consiguiente adaptación de los contratos de abono, CABITEL estará obligada a posibilitar el acceso a números 900 desde todos sus terminales.

Asimismo y sin que ello sea óbice de lo anteriormente manifestado, se significa que la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones ha sido adoptada, como ya ha sido indicado, al amparo de concretas disposiciones legales, a saber: el Real Decreto 769/1997, de 30 de mayo, y el 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. A tenor del régimen transitorio configurado por la Ley 11/1998, de 24 de abril, en su disposición transitoria primera, ambas disposiciones serán de aplicación en lo que no se opongan a dicha Ley y, en especial, a las normas sobre libre competencia. Por lo que se refiere a los títulos habilitantes que confieren derechos exclusivos o especiales, habrán de ser transformados a fin de adecuarse al nuevo entorno competitivo y el correspondiente marco regulador, manteniéndose en vigor, hasta que dicha transformación tenga lugar, tanto los derechos adquiridos como las obligaciones impuestas. Se significa igualmente que el propio Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, reconoce en su preámbulo su carácter transitorio, y la vigencia de sus disposiciones en tanto en cuanto *“no se produzcan las modificaciones legislativas que permitan la plena liberalización del sector”*.

En virtud de lo hasta ahora manifestado, y a la luz de la nueva exigencia que incorpora al marco regulador de aplicación el modelo de contrato-tipo de abono recientemente aprobado por la Resolución de constante referencia, la entidad CABITEL estará obligada, desde la fecha de notificación a los interesados de la Resolución de referencia, y consiguiente adaptación de los contratos de abono, a garantizar el acceso a números 900 desde todos sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminales, incluidos los situados en aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio nacional que se vieron afectados por la medida que en su momento adoptó.

II.B.2). En lo que respecta a las exigencias de la libre competencia.

La aplicación de la normativa comunitaria en materia de abuso anticompetitivo presupone la existencia de una posición de dominio y alguna suerte de vínculo que ligue dicha posición y la presunta práctica abusiva. El sector de telecomunicaciones presenta una particular configuración como ámbito liberalizado con tradición monopolística en el que, frecuentemente, existen lazos de integración vertical entre los segmentos de infraestructuras y servicios. Así las cosas, en no pocas ocasiones la valoración de supuestos comportamientos abusivos se llevará a cabo no desde la óptica de un único mercado, sino desde la perspectiva de mercados conexos en uno de los cuales se ostenta una posición de dominio. Esta es la línea de pensamiento incorporada por la Comisión Europea en su reciente Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02), de 22.8.98.

La doctrina sostenida por el ejecutivo comunitario no hace sino abundar sobre una práctica ya consolidada con anterioridad por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE) y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). Efectivamente, en diversas ocasiones la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado sobre la comisión de abusos practicados en mercados distintos, aunque conexos, de los mercados dominados. La vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad de mercados en el sentido aquí referido, ni excluye de su ámbito de alcance comportamientos ubicados en segmentos de actividad no coincidentes con aquél o aquellos controlados por la entidad autora del supuesto abuso.

Así lo ponen de manifiesto sentencias como las de 6 de marzo de 1974, Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents Corporation, Rec. 223; de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, CBEM, Rec. 3261; de 3 de julio de 1991, C-62/86, AKZO III, Rec.I-3359; de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, BPB Industries British Gypsum c. Comisión, Rec. II-389; y de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94 P, Tetra Pak. La misma línea de valoración fue incorporada por el TPICE (Sala Segunda) en su sentencia de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, Tetra Pak, Rec. II-755. Las instancias judiciales de la UE legitiman pues la aplicabilidad de normativa comunitaria de libre competencia a escenarios donde no son coincidentes el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado en el que una empresa disfruta de una situación de preeminencia y aquél en el que se lleva a cabo una conducta presuntamente abusiva.

En el contexto de esta primera delimitación entre mercado dominado y mercado en el que se lleva a cabo la conducta presuntamente abusiva, la Comisión Europea distingue en su Comunicación una doble tipología de escenarios, a saber :

- aquellos en los que *“la actuación en un mercado distinto del dominado repercute sobre este último”*.
- aquellos donde *“la actuación en un mercado distinto del dominado repercute en otro mercado distinto del dominado”*.

Esta última suerte de conductas ha sido contemplada por la jurisprudencia de la UE en algunas de las sentencias ya citadas, a saber, Commercial Solvents, CBEM y Tetra Pak (TPICE y TJCE).

En el caso que nos ocupa, la entidad que supuestamente ha incurrido en un abuso anticompetitivo es la empresa CABITEL, cuya actividad económica consiste en la explotación de terminales telefónicos de uso público distintos de los situados en dominio público. CABITEL adoptó en su momento una determinada medida, a saber, la interrupción de acceso a números 900 desde algunos de sus terminales: los situados en algunas de las estaciones de ferrocarril y de los aeropuertos del territorio nacional.

Estas primeras consideraciones permitirían avanzar que la solicitud de intervención presentada por RSL quedaría enmarcada en un determinado escenario de actuación: la entidad CABITEL habría llevado a cabo un comportamiento presuntamente abusivo en un mercado distinto de aquél en el que pudiera disfrutar de una posición de dominio, resultando afectado el primero de ellos.

A. Delimitación del mercado en el que la entidad CABITEL ostentaría una posición de dominio.

“La definición del mercado relevante tiene un significado esencial”. Así se pronunció el TJCE en la sentencia de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, Europemballage y Continental Can, Rec. 215, así como el ejecutivo comunitario en su XVI Informe sobre la política de competencia, del año 1987. Y ello porque una posición de dominio no puede existir en abstracto, ha de vincularse con el suministro de determinados bienes o la prestación de concretos servicios. Así pues, el mercado relevante es aquél en el que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disfruta de la condición de dominante, sin que necesariamente haya de coincidir dicho mercado con aquél en el que se lleva a cabo la conducta supuestamente abusiva o aquél que resulta afectado por ésta, como se ha visto.

Por lo que se refiere al mercado relevante de producto, la abundante jurisprudencia del TJCE en materia de comportamientos abusivos concibe reiteradamente dicho mercado como conjunto de productos que están en competencia con los productos de la empresa cuya posición de dominio se alega. Así lo establecen, entre otras, sentencias tan significativas como las de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, “Michelin”, Rec. 3461; de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche (sentencia “vitaminas”), Rec. 461; de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands, Rec. 207; y de 6 de marzo de 1974, Asuntos 6 y 7/63, Commercial-Solvents, Rec. 223, etc.

La caracterización de todo mercado de producto pasa ineludiblemente por la consideración de un elemento fundamental a dichos efectos: la sustituibilidad de la demanda. Este es el mecanismo que más inmediata y eficazmente modula (en ocasiones hasta determina) la estrategia competitiva de una empresa. Consiguientemente, constituye el más importante de los criterios a la hora de delimitar el mercado de producto. Así lo estima la Comisión Europea en su ya señalada Comunicación.

La sustituibilidad de la demanda implica la idoneidad de un producto o conjunto de productos para constituir, con arreglo a ciertos criterios, una alternativa válida a otro producto similar que satisface concretas necesidades del usuario. Se calibra pues, en términos de prospectiva, la intercambiabilidad de los productos y la posibilidad de que dicho usuario, ante hipotéticas variaciones en las condiciones de comercialización del producto que habitualmente consume, opte por recurrir a un producto distinto, aunque parecido y, consiguientemente, apto para responder a sus demandas.

Esta es la línea de valoración seguida por la antes citada jurisprudencia. Así, el TJCE señaló en el ya citado asunto Hoffmann-La Roche que “El concepto de mercado relevante implica de hecho que puede haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos”. Igualmente, en el asunto citado con anterioridad “Michelin” el Alto Tribunal consideró que el mercado a tener en cuenta comprende la totalidad de productos que, atendiendo a sus características, son particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes, siendo poco intercambiables con otros productos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, la Comisión Europea estableció en su Comunicación de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de importancia menor, la necesidad de tomar en consideración los productos estimados como similares en razón de sus propiedades, precio y uso. Específicamente, por lo que al sector de telecomunicaciones se refiere, el ejecutivo comunitario prevé en su ya señalada Comunicación que el mercado que nos ocupa comprende "la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".

En lo que respecta al mercado relevante geográfico, éste se define frecuentemente en relación al área en que el supuesto abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo. Este ha sido el criterio seguido por el TJCE en sentencias como las de 16 de diciembre de 1975, Asuntos 40-48, etc./73; de 23 de septiembre de 1986, Asunto 5/85, AKZO II, Rec. 2585; de 16 de diciembre de 1975, Asuntos 40-48, etc. /73, "Azúcar", Rec. 1663; y en las ya citadas "Michelin"; y AKZO III. La misma línea de valoración es recogida por la Comisión Europea en su Decisión de 10 de septiembre de 1982, IV/29.877 – British Telecommunications.

El referido mercado ha de ser un área en la que las condiciones de competencia aplicables al producto de que se trate sean suficientemente homogéneas para todos los agentes económicos (sentencia United Brands). La misma línea de valoración sigue la Comisión Europea en sus ya citadas Comunicaciones sobre los acuerdos de importancia menor y sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones.

Así como el concepto de mercado de producto permite evaluar las posibilidades de que el cliente recurra a otros productos, la noción que nos ocupa delimita el zona en la que dicho cliente podría dirigirse a otras empresas.

En el supuesto planteado ante esta Comisión por RSL y como ya ha sido señalado, CABITEL es una sociedad dedicada a la explotación de terminales telefónicos de uso público distintos de los situados en dominio público (conocidos estos vulgarmente como "cabinas").

El mercado relevante de producto y geográfico, a los efectos de dilucidar si CABITEL ostenta o no una posición de dominio, vendría configurado por la explotación de terminales telefónicos de uso público situados en centros terminales de transporte de viajeros (aeropuertos y estaciones de ferrocarril y autobús) del territorio nacional. Efectivamente, la explotación de dichos terminales presenta características propias y satisface necesidades



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

específicas, sin que se aprecie la suficiente sustituibilidad de demanda (y consiguiente ausencia de competitividad entre productos) y de oferta, lo cual le confiere entidad suficiente para erigirse en un mercado diferenciado de la explotación de otras categorías de terminales sitos en zonas distintas.

El mercado de referencia está ordenado a dar salida a las concretas demandas de comunicación de, básicamente, un particular segmento de usuarios de telecomunicaciones. Se trata de un colectivo en cuya necesidad de acceder a la telefonía de voz concurren circunstancias que si bien no hacen imposible dicho acceso tampoco lo facilitan especialmente. Nos estamos refiriendo a todas aquellas personas, nacionales o no, que permanente o transitoriamente se encuentran desplazadas por motivos personales o profesionales. Esta condición de desplazados implica necesariamente la garantía de determinados parámetros de calidad en términos, fundamentalmente, de acceso al servicio telefónico desde el propio aeropuerto o estación de ferrocarril y diversidad de medios de pago.

Asimismo, el marco regulador de aplicación, al que en su momento se hizo referencia, ha configurado tradicionalmente unas particulares condiciones de competencia en contraposición a las imperantes en el segmento de los terminales sitos en dominio público: la catalogación de la explotación de ciertos terminales como servicio de telecomunicaciones de valor añadido, con la consiguiente prestación del mismo en régimen abierto y la ausencia de determinadas obligaciones propias de los servicios de telefonía básica, como el acceso pleno a los puntos de terminación de la RTC y, por tanto, el acceso a números gratuitos. Por otra parte, las condiciones de acceso a la prestación del servicio, así como las propias condiciones de dicha prestación, en todo el territorio nacional, están enmarcadas en un sistema de concesiones por concurso público (en el caso de AENA), de acuerdo marco (en el caso de RENFE) y de contratos otorgados por las entidades de derecho privado ganadoras de los concursos para la gestión de los centros terminales (en el caso de las estaciones de autobuses) determinaría una homogenización y estandarización de las mismas

B. Posición que ocuparía CABITEL en el mercado relevante.

Como consta a la CMT, CABITEL suscribió en su momento sendos contratos con las entidades AENA y RENFE, que a fecha de hoy permanecen en vigor. El primero de ellos tiene por objeto la concesión de la explotación de terminales telefónicos de uso público en la totalidad de los aeropuertos españoles, en régimen de exclusividad. Aproximadamente 4 meses antes de que transcurrieran dos años desde la firma del contrato en cuestión, las partes firmaron un acuerdo por el que, entre otros extremos, se prevé que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concesión de referencia no tendrá carácter de exclusividad. Poco antes de la fecha de vencimiento del contrato inicialmente firmado, se prorrogó la continuación en la concesión hasta se convocara un nuevo concurso público y el adjudicatario de la concesión se haga cargo de la misma.

En esta tesitura, resultaría que la pérdida de la exclusividad de derecho carecería de toda eficacia de hecho, pues sólo por concurso público se accedería a la explotación de servicios de referencia. No se tiene conocimiento de ninguna convocatoria a tales efectos entre la fecha del acuerdo por el que la explotación adjudicada pierde su carácter exclusivo y el momento presente, con lo cual ninguna otra entidad estaría prestando en los aeropuertos españoles los servicios referidos. [Incluso en la hipótesis de que hubiera proveedores alternativos, debería tomarse en consideración, no a los efectos de determinar la existencia de una posición de dominio, sino como elemento de ponderación a la hora de valorar el comportamiento de CABITEL en el presente procedimiento, que el posicionamiento (el que fuere) actual de esta sociedad derivaría en parte de los derechos exclusivos de los que en su momento y por contrato disfrutó]. Para mayor abundamiento, resultaría particularmente significativo que la cita exclusividad de derecho haya abarcado la fase inicial del despliegue de, a la sazón, un nuevo mercado, el de la explotación de cierta categoría de terminales de uso público como servicio de telecomunicaciones de valor añadido que, en consecuencia, comenzaba a prestarse en libre competencia.

Por lo que respecta a la prestación de servicios en las estaciones de RENFE, las partes firmaron en su momento un contrato que permanece en vigor sin que medie prórroga del mismo, y que se sitúa en el contexto de un previo acuerdo marco concluido con anterioridad. El contrato en cuestión pone de manifiesto el interés de RENFE en dotar a sus dependencias de un servicio telefónico público de alta calidad, haciéndose referencia a la condición de CABITEL como empresa del GRUPO TELEFONICA con gran experiencia en ese tipo de servicios. A la luz de la literalidad del contrato, no sería en absoluto aventurado presumir que dicha condición de CABITEL como filial al 100% de la matriz TELEFONICA hubiera tenido una influencia decisiva a la hora de contratar la prestación de los servicios citados.

Este extremo no es en absoluto baladí a los efectos de determinar la existencia o no de una posición dominante. Téngase en cuenta que el dominio entendido como “posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores” (sentencia del TJCE “Michelin”; igualmente sentencias de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, CBEM -sentencia “Télé-Marketing”-, Rec.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3261; United Brands, Hoffmann-La Roche, sentencia de 11 de diciembre de 1980 Asunto 31/80, L'Oréal Rec. 37/75; sentencia de 4 de mayo de 1978, Asunto 30/87, Bodson .c. Pompes funèbres, Rec. 24/79; sentencia de 5 de octubre de 1978 Asunto 247/86, Alsatel c. Novasam, Rec. 5987 ...), resulta de la combinación de criterios estructurales (acceso y posición en el mercado relevante) y de comportamiento (capacidad para influenciar las condiciones y evolución de aquél). Estos últimos son tomados en consideración para confirmar las conclusiones que derivan del análisis estructural.

Por lo que respecta a las estaciones de autobuses, a tenor de la información de la que dispone esta Comisión, los correspondientes contratos no contendrían cláusulas de exclusividad.

Con independencia de derechos legales de exclusiva, a la luz de la información de que dispone esta Comisión el número de terminales pertenecientes a CABITEL e instaladas en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril y autobús en España, sería ciertamente relevante a los efectos de determinar su posición de dominio, pudiéndose hablar asimismo de una presencia marginal por parte de otras sociedades explotadoras del mismo tipo de terminales en las mismas zonas geográficas.

Para mayor abundamiento y en línea con lo señalado anteriormente, no puede obviarse la importancia, a efectos de penetración y posicionamiento en los mercados, de ostentar la condición de filial del operador dominante en el sector de telecomunicaciones. A nadie se le oculta las ventajas que ello reporta en términos de sinergias, dimensión financiera, experiencia, tarjeta de presentación, Desconocer estas consideraciones supondría ignorar la realidad de todos aquellos mercados de tradición monopolística que han sido posteriormente liberalizados, como el español. En este sentido resulta sumamente significativa, a los efectos del presente procedimiento, la referencia contenida en el ya citado contrato CABITEL–RENFE a la condición de la primera como empresa perteneciente al GRUPO TELEFONICA, y a su experiencia en la prestación de cierto tipo de servicios, que parece hacerse derivar de dicha condición. Esta última sería el elemento que conferiría a CABITEL capacidad para influenciar las condiciones y evolución del mercado relevante.

En razón de todas las consideraciones manifestadas, la sociedad CABITEL disfrutaría de una posición de dominio en el mercado de la explotación de terminales telefónicos de uso público situados en aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio español. En razón, igualmente, de esas mismas consideraciones, carecería de toda relevancia la alegación aducida por CABITEL en cuanto a que la condición de esta empresa como filial al 100% de la matriz TELEFONICA no le confiere posición dominante alguna, puesto que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las estrategias son independientes y de hecho TELEFONICA no restringió el acceso a números 900 desde sus propios terminales. La capacidad para influenciar las condiciones y evolución de un mercado como consecuencia de los especiales vínculos que ligan a una empresa con otra entidad que disfruta de una clara posición de dominio en mercados conexos, no exige un paralelismo de comportamientos y estrategias. La independencia de actuaciones puntuales (que no en tanto que unidad económica, puesto que se pertenece al 100% a la empresa matriz) no impide a la filial beneficiarse de su condición de tal e instrumentalizarla a la hora de posicionarse en el mercado relevante.

C. Caracterización del mercado en el que CABITEL se comporta de forma supuestamente abusiva y que resultaría consiguientemente afectado.

Como en su momento se ha señalado, en el supuesto que nos ocupa el mercado en el que CABITEL ostenta una posición de dominio no coincide con aquél en el que lleva a cabo una conducta supuestamente abusiva y que, a su vez, se vería afectado por la conducta en cuestión.

La conducta de CABITEL que RSL puso de manifiesto en su solicitud de intervención ha consistido en la interrupción de acceso a números 900 desde algunos de sus terminales telefónicos: los situados en parte de los aeropuertos y de las estaciones de ferrocarril del territorio nacional. El acceso a dichos números posibilita a su vez la prestación de una concreta tipología de servicios, básicamente: comerciales y de interés social. En consecuencia, CABITEL habría actuado de forma supuestamente abusiva en un mercado específico, a saber, el de la prestación de servicios comerciales y de interés social mediante llamadas a números 900 efectuadas desde terminales telefónicos de uso público, siendo este mercado (en adelante, números 900), asimismo, el afectado por el supuesto abuso.

Como ya se ha apuntado, es éste un mercado que una dimensión instrumental, pues el acceso al mismo permite al abonado a dichos números la prestación de una serie de servicios. Es precisamente este carácter instrumental lo que proporciona al mercado de los 900 un notable valor añadido.

Otro de los rasgos caracterizadores de estos números es la gratuidad de la llamada para quien la efectúa. El acceso a 900 es un servicio de cobro revertido automático y no implica la exigencia de una contraprestación económica para el llamante, sino para el suscriptor del número, que, entre otros conceptos, habrá de pagar el montante correspondiente al tráfico cursado. Probablemente sea éste el factor clave en la particular filosofía que configura a este mercado, operando como importante elemento de motivación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(en muchas ocasiones determinante) a la hora de cursar un llamada de este tipo.

El mercado que nos ocupa acoge una serie de servicios catalogables, básicamente, en dos categorías: comerciales y de interés general. Por lo que a los primeros se refiere, serían aquellas prestaciones ubicadas en el marco de una actividad económica de carácter lucrativo que genera una rentabilidad del mismo signo para el suscriptor que las provee, una empresa, entendida como unidad económica con ánimo de lucro. Esta primera categoría recogería, más específicamente, una amplia gama de servicios, entre los cuales destacan la televenta, el telemarketing, las centrales de reservas, el seguimiento de campañas publicitarias, la atención al cliente, estudios de mercado, información general, distribución y control de llamadas internas de la propia empresa suscriptora... En el caso del segmento empresarial, los números 900 están concebidos como herramienta para aumentar el valor de negocio, pretendiéndose el incremento de ventas, la mejora del servicio, la fidelización de clientes, la modernización de la imagen de la empresa y la reducción de costes. Se configuran, en definitiva, como un interesante instrumento de competitividad en el mercado en el que se opere, pudiendo ampliar el ámbito geográfico de su presencia tanto como se desee y prestando especial atención a lo que constituye el último eslabón de la cadena de valor en toda actividad empresarial, a saber, la comunicación con el cliente.

En lo concerniente a los servicios de interés general, serían aquellos que, al margen de toda actividad económica lucrativa, satisfacen necesidades de gestión, información y ayuda en términos generales del usuario en tanto que ciudadano. En este caso figurarían como suscriptoras tanto las Administraciones públicas como entidades de derecho privado sin ánimo de lucro.

Los números 900 están vinculados a los denominados servicios de inteligencia de red. El acceso a uno de estos números implica la prestación de un servicio inteligente por parte del operador al que está abonado el suscriptor. El servicio en cuestión consistiría en la recogida de la llamada cursada, su transporte hasta los elementos de inteligencia, el correspondiente procesamiento y el encaminamiento al PTR del suscriptor, donde será entregada. En el actual entorno liberalizado, cualquier operador podría prestar el servicio descrito, una vez dispusiese del adecuado título habilitante, no existiendo pues barreras legales de entrada. No obstante, y aunque RETEVISION, S.A. pudiera estar prestándolos, en el mercado de los servicios 900 la posición de TELEFONICA es, a fecha de hoy, de un absoluto dominio, pudiendo considerarse totalmente irrelevante cualquier otra participación en el mismo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las facilidades ofrecidas por el operador dominante en el marco del servicio prestado serían las siguientes: selección de área, acceso restringido por código de seguridad, multidestino (según selección posterior, origen, día, hora o porcentaje), desvío alternativo (por tono de ocupado, por tono de ocupado según día y hora, o por comando), colas de espera, destinos alternativos, planes alternativos y locuciones personalizadas.

Según se indica en la publicidad que la propia TELEFONICA hace de su servicio 900, el suscriptor tiene la posibilidad de elegir el nivel de precios y la forma de atender las llamadas, con independencia de su ubicación. Se ofrecen distintas modalidades de servicio, en función de las necesidades específicas de quien lo contrate, entre ellas el ámbito de negocio (Servicios Nivel Provincial, Nivel Nacional y 900 Internacional), aplicándose asimismo planes de descuento por volumen de tráfico.

En lo que a contraprestación económica se refiere, la suscripción a un número 900 y la prestación del correspondiente servicio de inteligencia por parte de TELEFONICA implica el pago de determinados conceptos: cuota de alta inicial, abono mensual y llamadas recibidas. Se significa que, a la luz de un análisis comparativo efectuado por los servicios de esta Comisión, tomando como referencia las tarifas aplicadas por BT, France Telecom, Deutsche Telekom y Telecom Italia a los conceptos referidos, las tarifas del operador español serían las más reducidas de todas las consideradas, salvo por lo que se refiere a la cuota de alta inicial, que sería más baja en el Reino Unido. Asimismo, la inclusión de los servicios 900 en la OIR de TELEFONICA supondrá previsiblemente la reducción de precios para el transporte de tráfico que efectúa el operador dominante en el marco de dichos servicios.

El segmento de los servicios de telefonía prestados a través de llamadas efectuadas a números 900 desde terminales de uso público – Las tarjetas telefónicas prepago.

RSL y ASTEL están vinculadas a los servicios de referencia por las razones indicadas en la relación de HECHOS de este Informe. En atención a dicha circunstancia se procede a su caracterización separadamente.

Como se ha apuntado con anterioridad, este nicho de servicios quedarían englobados en la categoría de las prestaciones ubicadas en el marco de una actividad económica de carácter lucrativo, que genera una rentabilidad del mismo signo para el suscriptor que las provee. El abonado del servicio 900 presentaría pues una doble dimensión, a saber, usuario de servicios de inteligencia de red y proveedor de servicios de telefonía mediante el uso de tarjetas telefónicas prepago: normalmente operadores de nicho que compran



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

paquetes de minutos de tráfico excedente en bolsa internacionales creadas al efecto para terminar llamadas internacionales.

Este segmento de servicios es un mercado emergente que presenta un atractivo potencial de crecimiento, básicamente por su particular vínculo con el turismo extranjero. Está fundamentalmente orientado a un colectivo específico de usuarios, a saber, personas desplazadas (normalmente desde otros países) por motivos personales (clientes residenciales, fundamentalmente turistas y emigrantes) o profesionales, cuyas necesidades de comunicación, debido a la concurrencia de las condiciones señaladas, presentan especificidades en términos de parámetros de calidad del servicio: básicamente la posibilidad de pagar sin hacer uso de monedas y la facilidad de acceso a un terminal telefónico. A fin de garantizar la primera, el pago de los servicios a los que nos estamos refiriendo ha sido canalizado a través de instrumento específico: las tarjetas telefónicas prepago, cuya operatividad necesita del servicio de cobro revertido automático para conectar al usuario con el centro de gestión automática de llamadas de los operadores, que canalizarán el tráfico generado a través de una red distinta de la del operador que presta el servicio 900.

En cuanto a la facilidad en el acceso a un terminal telefónico, en el caso que nos ocupa pasaría necesariamente por la posibilidad de que los propietarios de tarjetas telefónicas prepago que se encontrasen en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril afectadas por la conducta de CABITEL, hubieran podido hacer uso de sus tarjetas. Parece evidente que dicha conducta no contribuiría precisamente a garantizar la necesaria facilidad en el acceso a un terminal telefónico. El hecho de que las tarjetas prepago sean susceptibles de ser utilizadas desde cualquier tipo de terminal carecería de relevancia a la luz de estas consideraciones. En torno a los elementos señalados se articula la filosofía sobre la cual descansa el modelo de negocio de los operadores citados (en adelante los operadores). A ello nos referiremos en un apartado posterior del presente Informe.

Al hilo de lo expuesto hasta ahora, resulta interesante incorporar al presente Informe la valoración que del segmento de servicios que está siendo considerado hace la Comisión Europea en su Comunicación 95/C 275/02 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado y aplicación de la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, de 10 de octubre de 1995.

Así, se afirma que las tarjetas telefónicas constituyen un ejemplo concreto de servicios que desde el punto de vista de los usuarios pueden considerarse diferentes de los servicios de telefonía vocal reservados. Los servicios que se prestan con estas tarjetas no se ajustan a la definición de servicio de telefonía vocal, ya que gracias a algunas características adicionales, como el pago



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante tarjeta de crédito o de débito, el encaminamiento por la ruta menos onerosa, la marcación abreviada, etc. satisfacen importantes necesidades que no prevén los servicios de telefonía vocal normales, cuando son este tipo de características adicionales y no unas tarifas inferiores el factor clave que mueve a los usuarios a optar por las tarjetas telefónicas hay que considerar liberalizados los servicios que se prestan con estas.

El hecho de que esté cobrando fuerza un mercado de tarjetas telefónicas a pesar de las tarifas telefónicas son en muchos casos más elevadas que las de los servicios de telefonía vocal demuestran que este mercado es distinto del de la telefonía vocal. Los prestadores de servicios de tarjetas telefónicas han desarrollado este nuevo mercado adaptando los servicios a las necesidades de los clientes y facturándoselos en consecuencia. Esta evolución abre nuevas posibilidades a los usuarios de la Unión y no debe frenarse con restricciones encaminadas a preservar el mercado tradicional de la telefonía vocal.

Si se prohibiese a los prestadores de servicios de tarjetas telefónicas encaminar las llamadas por medio de líneas arrendadas se les colocaría en una posición competitiva desventajosa frente a los prestadores de este tipo de servicios que poseen sus propias redes, toda vez que se les convertiría en meros revendedores de telefonía vocal y no podrían controlar sus principales costes. En tales condiciones no podrían competir con los organismos de telecomunicaciones (OT). Estos últimos tienen la ventaja adicional de poder ofrecer esos mismos servicios de telefonía vocal de tarjeta telefónica y de poder desarrollar su propio servicio de tarjeta telefónica basándose en sus ficheros de usuarios intensivos.

En esta misma línea de valoración, el estudio elaborado en julio del presente año por el IDATE para el regulador francés ART, sobre la tarjeta telefónica en sus diversas modalidades, pone de manifiesto la importancia que aquélla presenta en tanto que instrumento de innovación y de expansión de los servicios de telefonía. Efectivamente, desde la perspectiva del usuario modifica los mecanismos convencionales de pago, de oferta de servicios y de relación con el cliente. Estas modificaciones, al simplificar el acceso de éste al mercado y constituir un medio de elección de operador de larga distancia), promueven la dinamización de los servicios de los servicios telefónicos, dinamización ésta que no debe implicar una disminución de la calidad del servicio ni una menor protección del consumidor. Desde la óptica del operador que comercializa las tarjetas, han supuesto en entornos monopolísticos el preludio de la plena apertura de los servicios de referencia. Asimismo, en el actual contexto de liberalización le permiten extender su oferta, tanto en términos de presencia geográfica como de nicho de mercado (clientes residenciales de ingresos medios), puesto que los precios que aplican son,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

globalmente considerados, inferiores a las del operador local, lo cual fomenta una mayor generación de tráfico.

D. El abuso de posición dominante en el que habría incurrido CABITEL

Con fecha 8 de agosto de los corrientes, CABITEL procedió a interrumpir el acceso a números 900 desde algunos de sus terminales: los situados en parte de los aeropuertos y de las estaciones de ferrocarril del territorio nacional. Concretamente, a la luz de los datos de los que dispone esta Comisión, resultaría que de una planta total (tanto de los aeropuertos como de las estaciones de ferrocarril) de 1899 terminales, la restricción habría afectado a 1456, lo cual supondría un porcentaje del 76,67%. La medida alcanzó, entre otros, a importantes núcleos turísticos y a las principales ciudades españolas.

Los afectados por el comportamiento puesto de manifiesto serían :

A). La totalidad de los suscriptores de números 900, en las categorías que en su momento han sido delimitadas. A saber, las empresas que prestan servicios comerciales, y las entidades públicas o privadas que, sin ánimo de lucro, prestan servicios de interés general, definidas ambas modalidades con arreglo a los criterios establecidos por esta Comisión.

Se significa que en el caso del segmento empresarial, los números 900 están concebidos como herramienta para aumentar el valor de negocio, pretendiéndose el incremento de ventas, la mejora del servicio, la fidelización de clientes, la modernización de la imagen de la empresa y la reducción de costes. Se configuran, en definitiva, como un interesante instrumento de competitividad en el mercado en el que se opere, pudiendo ampliar el ámbito geográfico de su presencia tanto como se desee y prestando especial atención a lo que constituye el último eslabón de la cadena de valor en toda actividad empresarial, a saber, la comunicación con el cliente.

Por lo que respecta a la segunda categoría de servicios, no sería necesario incidir en la importancia que revisten dada su condición de servicios de interés general.

Se señala asimismo que la prestación tanto de servicios comerciales como de los denominados de interés general, se canaliza a través del servicio de telefonía, que en su calidad de servicio de telecomunicaciones ostenta igualmente la consideración de servicio de interés general (artículo 2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril), por lo cual se predicaría idéntica conclusión a la manifestada en el párrafo precedente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los servicios de telefonía prestados a través de llamadas a números 900 efectuadas desde terminales de uso público, quedarían englobados en la primera de dichas categorías. Como ya se señaló con anterioridad, atendiendo precisamente a la especificidad de las necesidades de comunicación que satisfacen los servicios citados y, consiguientemente, a la filosofía que inspira su prestación, podría afirmarse que el segmento de servicios que nos ocupa habría resultado significativamente afectado por la medida de restricción adoptada en su momento por CABITEL. Partiendo de la base de que los centros terminales de transporte de viajeros son los principales focos de negocio en este mercado, los operadores que ya estaban prestando servicio en el momento de la restricción de acceso habrían visto lesionado su modelo de negocio, con el consiguiente lucro cesante e incluso posible pérdida de clientes, puesto que el usuario de la tarjeta telefónica prepago podría, en la confusión creada por la falta de información, identificar al emisor de dicha tarjeta con la restricción sufrida; aquellos que, sin haber penetrado este mercado, tuvieran el propósito de hacerlo, verían seriamente entorpecidas sus previsiones por su parte como consecuencia de la barrera de entrada que implicaría la restricción de referencia.

B). Los usuarios de las tarjetas telefónicas prepago en los aeropuertos y estaciones de ferrocarril afectados, que habrían sido perjudicados, en su condición de receptores de las prestaciones referidas en el apartado A)., así como en las expectativas (compartidas por los suscriptores de los números 900) legítimamente generadas por el hecho de que CABITEL había venido posibilitando el acceso a números 900 desde todos sus terminales de forma prolongada en el tiempo. El usuario de una tarjeta telefónica prepago ostentaría la condición de cliente de la entidad emisora de la misma, en tanto que propietario de un producto comercializado por ella. Asimismo, existirían particulares vínculos entre dicho usuario y la entidad que explota el terminal telefónico cuya utilización posibilita el acceso a números 900 y que restringe el mismo. En el caso que nos ocupa dichos vínculos se verían reforzados dada la posición de dominio que CABITEL ostentaría en el mercado relevante. A la vista de estas consideraciones, así como de la particular naturaleza de los servicios referidos en el apartado A)., la responsabilidad de informar a los usuarios de tarjetas telefónicas prepago no habría sido de las entidades emisoras, que no eran quienes restringían el acceso y desconocían la medida tanto como el usuario, sino que habría correspondido a CABITEL, en su condición de entidad explotadora de los terminales que llevó a cabo la medida en cuestión, anunciar con suficiente antelación la futura restricción mediante la adecuada colocación de carteles o notas informativas, previa comunicación a las entidades AENA y RENFE.

Por lo que respecta a las alternativas de las que hubiera podido disponer el usuario afectado, estas carecerían de la entidad necesaria a la vista de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consideraciones manifestadas al delimitar el mercado relevante en el presente procedimiento.

En cuanto a la motivación e intencionalidad de la conducta llevada a cabo por CABITEL, sería doble, a saber:

a). Las llamadas a números 900 que se efectúan desde los terminales de continua referencia le generarían unos costes que no podría compensar debido a la ausencia de ingresos, dada la gratuidad de dichas llamadas para el llamante. Asimismo, se originaría un lucro cesante como consecuencia de que la utilización de los terminales para acceder a los números 900 impediría materialmente su utilización por parte de usuarios que pretendan efectuar llamadas que sí generan ingresos para CABITEL, al estar sujetas a un mecanismo de facturación diferente. En definitiva, se causaría a la entidad de referencia un perjuicio que, en los meses anteriores a la restricción de acceso, se habría visto agravado por el incremento en el acceso a números 900 desde los terminales afectados por la restricción. CABITEL ha aportado a esta Comisión datos relativos a las costes imputables a la planta de terminales en aeropuertos y estaciones de tren asociados a las llamadas a números 900, en el período comprendido entre octubre de 1997 y septiembre de 1998. Asimismo, ha cuantificado el lucro cesante correspondiente al mismo período de tiempo.

b). Conforme a la propia literalidad de las alegaciones aducidas por la compañía, “La intención de CABITEL no era otra que la de limitar la utilización de sus terminales para llamar a los números 900 a través de los cuales se realizaban llamadas, fundamentalmente, internacionales por las empresas revendedoras de tráfico, situación que no está amparada por la legalidad vigente (...)”.

Dada la posición de dominio que ostenta en el mercado relevante delimitado en el presente escrito, y en razón de todas las consideraciones hasta ahora expuestas, la entidad CABITEL habría llevado a cabo un comportamiento abusivo contrario a las exigencias de la libre competencia, al haber incurrido en una interrupción de suministro carente de proporcionalidad y ordenada, en última instancia, a impedir que se viera resentida, siquiera mínimamente, a posición de dominio de la empresa matriz a la que pertenece ostentaría en el segmento de la telefonía fija internacional.

El criterio de la proporcionalidad ha sido estimado en diversas ocasiones por el TJCE a la hora de dilucidar la existencia de un supuesto abuso. Así, en el ya citado asunto United Brands, el TJCE reconoció que la protección de los intereses comerciales está justificada, pero que tal protección comprende



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“medidas razonables”, es decir, proporcionales a la amenaza temiendo en cuenta la fuerza económica de las empresas competidoras.

En la sentencia de 21 de marzo de 1974, Asunto 127/73, BRT c. SABAM (sentencia “BRT II”), Rec. 313, el Alto Tribunal estimó que las cláusulas de los contratos concluidos entre una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y sus miembros, eran abusivas, pues restringían la libertad de dichos miembros más allá de lo que exigía una gestión eficaz de sus derechos.

La misma concepción subyace en la sentencia “Azúcar”, que condenaba el hecho de que una empresa en posición de dominio impusiera a sus representantes de comercio una cláusula de prohibición de competir que superaba lo que correspondía a la naturaleza del vínculo jurídico y económico que ligaba a las partes.

Por su parte, la Comisión Europea, en su Comunicación de 22.8.98, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, establece en relación a la retirada de suministro que “La retirada de acceso a un cliente ya existente será casi siempre abusiva. (...) se podrán alegar razones objetivas que justifiquen la rescisión y que han de ser proporcionales a las consecuencias que la retirada produzca en la competencia”.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), la valoración de una medida restrictiva en términos de proporcionalidad pasa necesariamente por la constatación de ciertas condiciones (sentencias 66/1995, de 8 de mayo de 1995 -BOE de 13.6.95-; 55/1996, de 28 de marzo de 1996 -BOE de 27.4.96-; 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 -BOE de 22.1.1997-, a saber:

- juicio de idoneidad: la susceptibilidad o capacidad de la medida para el logro del objetivo propuesto.
- juicio de necesidad: la inexistencia de una alternativa más moderada, menos restrictiva, para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
- juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el equilibrio o la ponderación de la medida, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por su parte, el TJCE reitera en su sentencia de 11 de julio de 1989, Asunto 265/87, “*Schröder*”, Rec. 2263, su constante jurisprudencia en relación a la condición del principio de proporcionalidad como principio general del Derecho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunitario, coincidiendo asimismo con las exigencias de idoneidad, necesidad y ponderación establecidas por el TC.

En el caso que nos ocupa, el agravamiento del perjuicio económico sufrido por CABITEL, derivado de los costes y el lucro cesante en los que se incurre, provocaría una situación de deterioro de sus intereses comerciales que legitimaría una reacción por parte de la sociedad en cuestión. Dados, a saber:

- la posición de dominio que ocuparía en el mercado relevante descrito;
- su condición de filial al 100% de un operador que ostentaría, por su parte, una posición de dominio en mercados conexos;
- la particular naturaleza de los servicios y el porcentaje de terminales que se han visto afectados, así como la condición de los centros terminales de transporte de viajeros como principales centros de negocio del segmento de tarjetas telefónicas prepago, y el hecho de que la medida restrictiva alcanzó a importantes núcleos turísticos y a las más importantes ciudades españolas.
- la condición de los usuarios de las tarjetas telefónicas prepago como receptores de la prestación de dichos servicios), así como las expectativas (compartidas por los suscriptores de los números 900) legítimamente generadas por el hecho de que CABITEL había venido posibilitando el acceso a números 900 desde todos sus terminales de forma prolongada en el tiempo.
- el carácter súbito y la desinformación que rodeó su comportamiento;
- la naturaleza emergente del mercado afectado por su conducta, lo cual intensificaría el impacto de esta sobre la correspondiente estructura de competencia efectiva;

la reacción de CABITEL ante el riesgo que para los señalados intereses comerciales supondría la situación descrita, no reuniría las ineludibles condiciones de idoneidad y ponderación que exige toda conducta proporcional, existiendo, por el contrario, un medio menos oneroso para lograr, en un cierto plazo de tiempo, los resultados pretendidos (cuya legitimidad no se desconoce) con la misma eficacia. A saber, la puesta en conocimiento de los suscriptores de números 900, de la desfavorable situación creada, así como de la necesidad de articular un mecanismo que pusiera fin a dicha situación en un plazo considerado razonable por las partes, con la indicación de que de no superarse la situación citada, se procedería a llevar a cabo la restricción de continua referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, las alegaciones de la propia CABITEL permitirían tener constancia de que habría instrumentalizado su posición de dominio en el mercado relevante para adoptar un comportamiento ordenado, en última instancia, a impedir que se viera resentida, siquiera mínimamente, la posición de dominio que la empresa matriz a la que pertenece en un 100% ostentaría en el segmento de las llamadas de telefonía fija internacional.

II.C. EN CUANTO A LA COMPENSACION A CABITEL DEL PERJUICIO ECONOMICO QUE LE OCASIONARIAN LAS LLAMADAS EFECTUADAS A NUMEROS 900 DESDE SUS TERMINALES.

Según señala CABITEL, las llamadas a números 900 que se efectúan desde los terminales por ella explotados le generarían unos costes que no podría compensar debido a la ausencia de ingresos, dada la gratuidad de dichas llamadas para el llamante. Asimismo, se originaría un lucro cesante como consecuencia de que la utilización de los terminales para acceder a los números 900 impediría materialmente su utilización por parte de usuarios que pretendan efectuar llamadas que sí generan ingresos para CABITEL, al estar sujetas a un mecanismo de facturación diferente. En definitiva, se causaría a la entidad de referencia un perjuicio que, en los meses anteriores a la restricción de acceso, se habría visto agravado por el incremento en el acceso a números 900 desde los terminales afectados por la restricción. Según las cifras remitidas por CABITEL, el crecimiento en número de llamadas habría sido del 266,7%, fijándose el incremento del tiempo de ocupación de los terminales afectados en un 282,5%.

CABITEL ha aportado igualmente a esta Comisión datos relativos a las costes imputables a la planta de terminales en aeropuertos y estaciones de tren asociados a las llamadas a números 900, en el período comprendido entre octubre de 1997 y septiembre de 1998. La variación experimentada por dichos costes sería, a tenor de los datos remitidos, del 266,75%. Se señala, que en el modelo de negocio al que se acoge CABITEL, el concesionario del dominio público (en el caso que nos ocupa, AENA y RENFE) percibiría de dicha sociedad un canon fijo por equipo instalado y un porcentaje reducido de la facturación de cada equipo. Asimismo, CABITEL asumiría los costes de mantenimiento y reposición de los terminales y una cuota de enganche a la RTC del operador con el que CABITEL tiene un contrato de abono de telefonía básica. Asimismo, ha cuantificado el lucro cesante correspondiente al mismo período de tiempo.

Respecto al alcance de la medida adoptada por CABITEL, cumple significar que no habría tenido carácter discriminatorio respecto de otras tarjetas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónicas susceptibles de ser utilizadas en los terminales telefónicos afectados, a saber:

- la Teletarjeta Telefónica : tarjeta prepago, cuya titularidad corresponde a CABITEL y que permite a su portados realizar llamadas desde los referidos teléfonos, contra el saldo incorporado en la misma. Este saldo inicialmente coincide con el valor facial satisfecho por el adquirente, y del cual se va deduciendo durante su introducción en el terminal el precio de las llamadas efectuadas. No es reutilizable una vez agotado el saldo en cuestión.
- la Tarjeta Personal de Telefónica : tarjeta de banda magnética, titularidad de TELEFONICA, que permite a sus abonados efectuar llamadas desde los terminales de referencia, facturándose en su recibo telefónico habitual.
- Tarjetas de crédito comerciales : tarjetas de banda magnética, titularidad de las entidades emisoras que permiten a sus clientes realizar llamadas con cargo a su línea de crédito. Cabitel factura el importe de las llamadas a los emisores de las tarjetas, descontando las comisiones previamente pactadas.
- Tarjetas monedero comerciales : tarjetas inteligentes, cuya titularidad corresponde a las entidades emisoras, que permiten a sus portadores efectuar llamadas telefónicas contra el saldo incorporado en la misma por el cliente.

El acceso a números 900 mediante la utilización de las tarjetas indicadas no se vio afectado por la restricción aplicada por CABITEL, debiéndose la ausencia de efectos negativos al hecho de que los correspondientes mecanismos de facturación son tales que posibilitarían la obtención de ingresos, no produciéndose pues un perjuicio económico. No habría pues CABITEL incurrido en discriminación alguna, tratándose, por el contrario, de un legítimo tratamiento diferenciado que obedecería a citada justificación objetiva.

En lo que respecta a la elección de los aeropuertos y estaciones afectados, habría respondido al hecho de que fue en dichos lugares donde se detectó un incremento de las llamadas a números 900, pudiéndose predicar en este caso la misma conclusión manifestada en el párrafo anterior.

A la vista de todas estas consideraciones, la realización de las llamadas de continua referencia originaría a CABITEL un perjuicio económico contrario a los legítimos intereses comerciales de toda entidad empresarial que opera en un mercado abierto, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. No siendo censurable *per se* la posición de dominio que se ostenta en el mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relevante, sino el abuso en el que se pueda incurrir, no sería exigible la renuncia de CABITEL a la razonable defensa de sus ya mencionados intereses comerciales, a saber, la compensación del perjuicio económico que se le genera en términos de proporcionalidad, como ya ha sido señalado. La persistencia de esta desfavorable situación sería claramente incompatible con los principios que informan el orden económico constitucional (artículos 33, 38, 128 y 131 de la Constitución española), así como con las exigencias de eficiencia y optimización inherentes a la esencia misma del libre juego competitivo.

En relación a dicho perjuicio económico, esta Comisión estima que CABITEL tiene legítimo derecho a resarcirse de dicho perjuicio económico, mediante la recuperación de los costes que le pueda suponer el acceso a llamadas al número 900. No obstante, y como ya se ha indicado anteriormente, el que ese derecho legítimo le sea reconocido no significa que la práctica adoptada – la supresión de llamadas al número 900 desde sus terminales-sea una medida proporcionada y ajustada a los principios de la libre competencia en el mercado.

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.Uno y 19.Uno 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

RESUELVE

Primero.- Que, a la luz de la nueva exigencia que incorpora al marco regulador de aplicación el modelo de contrato-tipo de abono recientemente aprobado por la Resolución de fecha 23 de noviembre de 1998, aprobada por el Secretario General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, la entidad CABITEL deberá, desde la fecha de notificación a los interesados de la Resolución de referencia, y consiguiente adaptación de los contratos de abono, a garantizar el acceso a números 900 desde todos sus terminales,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incluidos los situados en aeropuertos y estaciones de ferrocarril del territorio nacional que se vieron afectados por la medida que en su momento adoptó.

Segundo.- Que la conducta de la entidad CABINAS TELEFONICAS, S.A., puesta de manifiesto en el presente procedimiento, constituye un abuso contrario a las exigencias de la libre competencia, por lo que dicha entidad no puede impedir el acceso a números 900 desde todos sus terminales.

Tercero.- CABINAS TELEFONICAS, S.A. tiene derecho a recuperar los costes que le ocasiona el acceso a números 900 desde sus terminales situados en estaciones de ferrocarril y aeropuertos mediante procedimientos transparentes y no discriminatorios.

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 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 y el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Luis Bermúdez Odriozola