

RESOLUCIÓN (Expte. A 46/93)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Soriano García, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 3 de junio de 1993.

Reunido el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia para deliberar y fallar el recurso contra el Acuerdo de Sobreseimiento, adoptado por el Director General de Defensa de la Competencia el 21 de enero de 1993 sobre el expediente nº 837/92 incoado por denuncia interpuesta por Sociedad 3C Communications de España S.A. y teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1. D. Ignacio Petit Asumendi, Director General de 3C Communications de España S.A. (en adelante 3C) interpuso ante el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia de 19 de mayo de 1992 contra Telefónica de España S.A. (en adelante TELEFONICA), Cabinas Telefónicas S.A. (en adelante CABITEL) y el Ente Público AEROPUERTOS NACIONALES Y DE NAVEGACION AEREA (en adelante AENA) por infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCE) y de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 relativas a la negativa de suministro de líneas telefónicas a 3C y la existencia de un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones en exclusiva con una vigencia de 5 años prorrogables, suscrito entre AENA y CABITEL.

Asimismo, 3C solicita la iniciación de procedimiento para la adopción de medidas cautelares consistentes en ordenar a TELEFONICA que no obstaculice la actividad de 3C mediante la negativa o retraso injustificados en la concesión de líneas telefónicas a 3C y en ordenar a AENA, TELEFONICA y CABITEL que se abstengan de invocar la cláusula de exclusividad del acuerdo suscrito entre AENA y CABITEL para impedir a 3C la prestación de servicios en todos los aeropuertos nacionales o

subsidiariamente en los de Madrid, Barcelona, Sevilla, Palma de Mallorca y Málaga.

2. Mediante Providencia de 11 de junio de 1992 se incoa expediente sancionador en aplicación de la Ley 16/1989, sin especificar los artículos de aplicación al caso.
3. Tras la práctica de instrucción, dedicada fundamentalmente a determinar las prestaciones para las que las terminales utilizadas por 3C han obtenido certificado de aceptación y sin que haya existido Pliego de Concreción de Hechos de Infracción, la Instructora redactó propuesta de sobreseimiento de 9 de diciembre de 1992, por entender:
 - a) que el contrato suscrito entre AENA y CABITEL es correcto teniendo en cuenta que en el momento de la adjudicación directa de dicho contrato (29 de julio de 1992) no existían en España otras empresas distintas de CABITEL que pudieran ofrecer la prestación de servicios de telefonía de uso público y que nada impide, al término del contrato (que tiene una duración de cinco años con posibilidad de prórroga) la concurrencia de otras empresas
 - b) que 3C no tiene otorgados certificados de aceptación de equipos terminales de telefonía de uso público sino de módem punto de venta, ni ha recabado el título habilitante para la prestación de servicios de valor añadido que establece el artículo 21 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.
4. Dicha propuesta fue notificada a las partes interesadas. La denunciante remitió al Servicio escrito de 5 de enero de 1993 en el que solicitaba que se tuviera por presentado recurso contra la misma, sin exponer alegaciones. El Director General de Defensa de la Competencia adoptó Acuerdo de Sobreseimiento de 21 de enero de 1993.
5. El 11 de febrero de 1993, la denunciante presentó escrito ante el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante el que solicitaba que se tuviera por presentado en tiempo y forma recurso contra la resolución anterior, anunciando que las alegaciones y documentación complementaria serían presentadas posteriormente, de acuerdo con los plazos previstos en el artículo 48.3 de la Ley 16/1989.
6. Se solicitaron al Servicio el expediente y el informe preceptivo, que fueron remitidos teniendo entrada en el Tribunal el 22 de febrero de 1993. Ante la ausencia de alegaciones, el Servicio entendía que el contenido del Acuerdo recurrido no había sido desvirtuado, por lo que debía mantenerse.

7. Mediante Providencia de 23 de febrero de 1993 se puso el expediente de manifiesto a las partes por quince días, para alegaciones y presentación de documentos y justificaciones. 3C presentó un amplio escrito de alegaciones el 26 de marzo de 1993 que fue puesto de manifiesto a las otras partes para alegaciones y trasladado al Servicio para que pudiera emitir el informe preceptivo.
8. El 14 de mayo de 1993 se recibió el informe del Servicio en el que no se modificaba sustancialmente la argumentación que condujo al sobreseimiento. Solamente subraya que en el Servicio no hay constancia del reconocimiento expreso de la Dirección General de Telecomunicaciones, alegado por la denunciante, en cuanto al error cometido en la calificación de los servicios de 3C como "finales de telecomunicación".
9. Todas las partes interesadas han presentado escrito de alegaciones.
10. Son interesados:
 - Sociedad 3C Communications de España S.A.
 - Telefónica de España S.A.
 - Cabinas Telefónicas S.A.
 - Ente Público Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea.

En la tramitación de este expediente se han cumplido todos los preceptos legales.

Ha sido Ponente la Vocal Sra. Alcaide Guindo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En el presente asunto es preciso distinguir claramente las actividades reguladoras y de control que corresponden a la Secretaría General de Comunicaciones del MOPT y las actividades de prestación de bienes y servicios que deben ser realizadas por los operadores económicos afectados por dicha regulación y que son, dependiendo de cada actividad concreta, TELEFONICA en todos los casos, eventualmente CABITEL, en las condiciones que deben ser determinadas por la instrucción, y todos los operadores que cumplan los requisitos establecidos para el desarrollo de cada actividad cuando para ella TELEFONICA no tiene concedidos derechos exclusivos.

2. Es el órgano regulador, y no TELEFONICA, quien debe determinar si la actividad que 3C pretende desarrollar en España es de servicio de telefonía vocal, cuyos derechos exclusivos corresponden a TELEFONICA o si, por el contrario, se trata de un servicio de valor añadido de los definidos por el artículo 20 de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Sus decisiones deben poder ser objeto de recurso, y deben cumplir las condiciones establecidas por la Directiva 90/388/CEE de la Comisión CE de 28 de junio de 1990 (DOCE de 24 de julio de 1990).

3. El contenido de dicha Directiva puede ser, a los efectos de la aplicación de la legislación de competencia, directamente invocada por los particulares una vez agotado el plazo concedido en la misma a los Estados miembros para que comuniquen a la Comisión los procedimientos de declaración o de autorización a que someten la explotación de los servicios de telecomunicaciones sin que las autoridades españolas hayan comunicado procedimiento alguno. Véanse a este respecto Sentencias del TJCE de 5 de abril de 1979 As C-148/78 (RATTI) y de 13 de noviembre de 1990 As C-106/89 (MARLEASING).
4. "Prima facie" la actividad que 3C intenta desarrollar en España parece que cabe dentro de lo que la legislación vigente denomina "servicios de valor añadido", puesto que:
 - utiliza como soporte exclusivamente servicios finales o servicios portadores (en este caso, servicios finales de telefonía)
 - añade otras facilidades y satisface nuevas necesidades, puesto que permite el pago mediante tarjeta personal de crédito o débito, para lo cual necesita acceder a una base de datos para reconocer la tarjeta y cargar el adeudo derivado del cargo por el uso del teléfono.

Si así fuera, no se trataría de servicio público, tendría que ser prestado en libre competencia y la habilitación tendría que realizarse cumpliendo los requisitos establecidos en la citada Directiva 90/388. Puesto que las autoridades españolas no han comunicado procedimiento de habilitación a la Comisión, se entiende que la prestación de la actividad es libre.

5. Si así no fuera, es decir, si hubiera resolución administrativa firme en contra de las pretensiones de 3C de que su actividad sea considerada servicio de valor añadido y, por el contrario, la autoridad competente determinara que dicha actividad es de telefonía vocal y su prestación corresponde en exclusiva a TELEFONICA, no sería razón suficiente para que TELEFONICA deniegue a 3C el arrendamiento de líneas telefónicas ni

impida la conexión de sus terminales a la red, puesto que dichas terminales cumplen las únicas condiciones que se les puede exigir por TELEFONICA - que son de seguridad del usuario y de garantía del funcionamiento de la red - ya que han sido objeto de certificado de aceptación.

6. Es un asunto entre el regulador y 3C - y no entre TELEFONICA y 3C - determinar la naturaleza del servicio que 3C intenta prestar, las eventuales condiciones para la prestación de dicha actividad, las condiciones de homologación de sus terminales y, en su caso, el régimen correspondiente a los precios de prestación del servicio por 3C.
7. Por otra parte, en el caso de que la autoridad competente determinara que se trata de un servicio para el cual TELEFONICA goza de un derecho exclusivo, sería preciso analizar si, en esas condiciones - y teniendo en cuenta que TELEFONICA es una sociedad anónima con mayoría de capital privado - una filial suya como CABITEL puede subrogarse en la prestación de servicios declarados públicos y concedidos en exclusiva a TELEFONICA.
8. No ha sido la autoridad reguladora quien ha resuelto que se interrumpa la conexión de las terminales de 3C, sino que ha sido TELEFONICA quien ha decidido no arrendar las líneas y/o no permitir la conexión de terminales homologadas a la red, impidiendo la actividad de 3C en España.

Existen indicios, por tanto, de un abuso de posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones español por parte de TELEFONICA que infringiría el artículo 86 del Tratado CE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE contenida en las sentencias de 23 de abril As C-41/90 (Höfner) en cuanto a que el territorio de un Estado miembro puede constituir una parte sustancial del mercado común y de 13 de diciembre de 1991 As C-18/88 (RTT) y de 17 de noviembre de 1992 As 271/90 (Competencia en los mercados de telecomunicaciones) sobre el fondo de la cuestión. Dicha conducta infringiría también lo establecido en el artículo 6.2 c) de la Ley 16/1989.

9. Existen, asimismo indicios de abuso de posición de dominio de CABITEL en el mercado español de los servicios telefónicos con pago mediante tarjeta de crédito o débito, si se demuestra que, mediante la concertación de múltiples contratos de prestación de dichos servicios en exclusiva con los responsables de los distintos lugares públicos o semipúblicos en que la prestación de tales servicios puede ser económicamente interesante, impide o dificulta seriamente la entrada de nuevos operadores en dicha actividad. Dicha conducta constituiría una infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989.

10. El Tribunal estima, por todo lo que antecede, que la instrucción del expediente debe continuar con el fin de determinar si CABITEL ha establecido o no una red de contratos en exclusiva que le haya permitido cerrar el mercado a la entrada de futuros competidores y si TELEFONICA puede ceder a CABITEL los derechos exclusivos para la prestación de servicios de telefonía vocal en el caso de que la prestación de servicios telefónicos con pago mediante tarjeta personal de crédito o débito sean considerados por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones como servicio público reservado a TELEFONICA. Una vez esclarecida la situación, se debe decidir si se redacta pliego de concreción de hechos que pueden ser constitutivos de infracción conteniendo solamente la imputación a TELEFONICA de un abuso de posición de dominio que infringe los artículos 86 del TCE y 6.2 c) de la Ley 16/1989 o si, además, es necesario imputar a CABITEL un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6.1 de la Ley 16/1989.

VISTO cuanto antecede, el Tribunal

RESUELVE

1. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Ignacio Petit Asumendi, en representación de 3C Communications de España S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1993 de sobreseimiento del expediente nº 837/92 incoado por denuncia contra Telefónica de España S.A., Cabinas Telefónicas S.A. y el Ente Público Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea, revocando el sobreseimiento por lo que respecta a las imputaciones de abuso de posición de dominio correspondientes a Telefónica de España S.A. y Cabinas Telefónicas S.A..
2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la continuación de la instrucción y la redacción en su día, de un pliego de concreción de hechos que pueden ser constitutivos de infracción que contenga imputaciones a Telefónica de España S.A. de infracción de los artículos 86 del Tratado CE y del artículo 6.2 c) de la Ley 16/1989 y, eventualmente, a Cabinas Telefónicas S.A. de infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta Resolución.