



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 31/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de septiembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2006/1582**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 25 DE ENERO, 23 DE FEBRERO Y 23 DE MARZO DE 2006 Y SE ACUERDA NO INICIAR EL CORRESPONDIENTE PROCEDIMIENTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Adopción de la Resolución de 10 de noviembre de 2005 en relación con el Expediente MTZ 2005/752.

Con fecha 10 de noviembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, "TESAU").

La citada Resolución dispone lo siguiente:

“Primero.- La cuantía de la retribución de Telefónica de España, S.A.U. a sus Agentes Distribuidores no podrá superar los [CONFIDENCIAL] especificados en esta Resolución, en función del ahorro de costes que estos le generen.

Segundo.- Telefónica de España, S.A.U. deberá cesar de manera inmediata en la generación de códigos PIN para las tarjetas que sus Agentes Distribuidores actualmente están comercializando. En particular, deberá cesar de inmediato en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

remisión de ficheros de códigos PIN a los mayoristas que posteriormente estos utilizarán para la activación a través del interface web de gestión.

Tercero.- Mientras se tramita el presente expediente, Telefónica de España, S.A.U. deberá solicitar a esta Comisión la autorización pertinente necesaria para generar los Códigos PIN, para lo que deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta que el Distribuidor pretende comercializar y para la que ha pedido el correspondiente código PIN.

En concreto, cuando Telefónica de España, S.A.U. solicite autorización para la creación de PINES deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta del Agente Distribuidor mayorista: coste de mantenimiento diario, recargo para llamadas desde terminales de uso público, así como las particulares para cada destino, en particular, los precios por minuto, el coste de establecimiento, y el sistema de facturación (segundos, minutos, etc.).

Cuarto.- Se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución para los interesados y terceros del presente procedimiento”.

Dicha Resolución fue notificada a TESAU con fecha 14 de noviembre de 2005.

Segundo.- Adopción de la Resolución de 25 de enero de 2006 en relación con el Expediente MTZ 2005/752.

Con fecha 25 de enero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa a la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de TESAU.

La citada Resolución dispone lo siguiente:

“Primero.- Los Agentes Distribuidores de las tarjetas prepago objeto de este expediente son verdaderos revendedores o clientes mayoristas de Telefónica de España, S.A.U. Por ello, Telefónica de España, S.A.U. no podrá retribuir a sus Agentes Distribuidores tal y como propone en la Cláusula Cuarta de su contrato de Distribución de Soportes de Pago, en su versión de 14 de abril [CONFIDENCIAL], y aún menos en su nueva versión de 2 de noviembre de 2005 [CONFIDENCIAL] en concepto de ahorro de costes como distribuidores.

Segundo.- Telefónica de España, S.A.U. ha incumplido su obligación de aplicar precios regulados a sus clientes mayoristas, al aplicar descuentos adicionales a los aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de forma encubierta.

Tercero.- Las prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U. consistentes en la aplicación de descuentos encubiertos discriminatorios no justificados a sus clientes mayoristas para la comercialización de tarjetas prepago, apalancándose en la posición de dominio del Grupo Telefónica con respecto al mercado de telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público, y dominio público sujeto a concesión, constituyen una conducta abusiva prohibida cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de Telefónica de España, S.A.U. en el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Con el objeto de asegurar que no se producen más distorsiones a la competencia, Telefónica de España, S.A.U. deberá solicitar a esta Comisión la autorización necesaria para generar los códigos PIN de cada una de las tarjetas de prepago.

Para ello, deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta que el Agente Distribuidor pretende comercializar:

- Nombre comercial de la tarjeta
- Coste de mantenimiento diario
- Recargo para llamadas desde terminales de uso público, así como las particulares para cada destino, en particular, los precios por minuto, el coste de establecimiento, y el sistema de facturación (segundos, minutos, etc).

Quinto.- Telefónica de España, S.A.U. deberá aportar en los diez días siguientes a la notificación de esta Resolución información relativa al número de PINES generados en los últimos tres meses, identificando la tarjeta comercial a que ha dado lugar y el Agente Distribuidor que solicitó dicho PIN”.

(...)

Dicha Resolución fue notificada a TESAU con fecha 27 de enero de 2006.

Tercero.- Adopción de la Resolución de 23 de febrero de 2006 en relación con el expediente MTZ 2005/752.

Con fecha 23 de febrero de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa a la solicitud de autorización de códigos PIN para la comercialización de soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de TESAU.

La citada resolución estableció, en su Resuelve primero, lo siguiente:

“Primero.- No autorizar a Telefónica la generación de PINES solicitadas en sus escritos de: (i) 13 de diciembre de 2005, (ii) 23 de diciembre de 2005, (iii) 29 de diciembre de 2005 y (iv) 31 de enero de 2006.”

Dicha Resolución fue notificada a TESAU con fecha 2 de marzo de 2006.

Cuarto.- Adopción de la Resolución de 23 de marzo de 2006 en relación con el expediente MTZ 2005/752.

Con fecha 23 de marzo de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa a la solicitud de autorización de códigos PIN para la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de TESAU.

La citada resolución estableció, en su Resuelve primero, lo siguiente:

“Primero.- No autorizar a TESAU la generación de PINES solicitada en su escrito de 23 de Febrero de 2006.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha Resolución tuvo fecha de salida del Registro de esta Comisión el 27 de marzo de 2006.

Quinto.- Denuncia de TAKE YOUR CHANCE.

Con fecha 8 de agosto de 2006 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TAKE YOUR CHANCE, S.L. (en adelante, "TAKE YOUR CHANCE") por el que solicita emisión de dictamen técnico en relación con los contratos firmados con TESAU para la venta de tráfico internacional en formato PINES con distribución en cabinas telefónicas y otros soportes diferentes a cabinas.

TAKE YOUR CHANCE denuncia una serie de hechos sobre la presunta modificación unilateral, por parte de TESAU, de las condiciones económicas pactadas en cuatro contratos¹ con fecha 15 de noviembre de 2005, sin contar con su consentimiento.

Asimismo manifiesta que, con fecha 30 de marzo de 2006, TESAU remitió los siguientes nuevos contratos de adhesión:

- Contrato de provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago.
- Contrato para la prestación del servicio de transporte y terminación nacional de llamadas.
- Contrato para la prestación del servicio de transporte y terminación internacional de llamadas.

Finalmente indica que, con fecha 3 de mayo de 2006, TESAU aplicó las condiciones de los nuevos contratos sin contar con su consentimiento, y que, con fecha 24 de julio de 2006, TESAU comunicó la resolución unilateral del Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago con motivo de la Resolución de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de enero de 2006.

Sexto.- Denuncia de Grupo Empresarial M&M.

Con fecha 20 de diciembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de D. Rodrigo González Quarante, representante legal del Grupo Empresarial M&M, (en adelante, "GRUPO M&M") con el fin de facilitar información sobre las actuaciones realizadas por el Grupo Telefónica contra una de las empresas del Grupo M&M, TAKE YOUR CHANCE, adjuntando acta notarial a los efectos de constatar la relación comercial entre ambos operadores.

¹ Contrato de distribución comercial de soportes de pago; Contrato de servicio de tarjetas prepago Multidestino para la prestación de servicio telefónico disponible al público; Contrato de distribución de tarjetas prepago virtuales en terminales de uso público; Acuerdo adicional al contrato de servicios de gestión comercial para telefonía de uso público suscrito entre Telefónica de España, S.A.U. y el Contrato de distribución de tarjetas prepago virtuales en terminales de uso público titularidad de Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A.U., de 30 de noviembre de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Manifiesta que su propósito es *“instar oficialmente a su organismo con el fin que emita el correspondiente informe sobre la posible actuación negligente del GRUPO TELEFÓNICA así como sobre la presunta modificación unilateral de las condiciones económicas pactadas por el GRUPO TELEFÓNICA sin contar con nuestro consentimiento y sin que en ningún caso nos hayan habilitado para la venta de pines telefónicos en soportes distintos a las cabinas”*.

Séptimo.- Apertura del período de información previa.

Con fecha 23 de febrero de 2006 se abrió de oficio un período de información previa con referencia RO 2006/241 a raíz de una denuncia de CITY CALL TELECOMUNICACIONES S.L. (en adelante, “CITY CALL”) contra TESAU y TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U. (en adelante, “TTP”) en relación con presuntas prácticas anticompetitivas en el ámbito de las tarjetas prepago.

Entre otros, CITY CALL denunció el presunto incumplimiento por parte de TESAU de la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2005 respecto de la no retirada del mercado de la Tarjeta Multidestino, así como de la Resolución de 25 de enero de 2006 en relación con la generación de PINES sin la debida autorización de esta Comisión.

Dado que el expediente RO 2006/241 tenía por objeto comprobar si efectivamente la Tarjeta Multidestino había sido retirada de los canales de comercialización y distribución, se estimó pertinente que, en relación con el presunto incumplimiento de la Resolución de 25 de enero de 2006 sobre la generación de Códigos PIN sin autorización de esta Comisión, se procediera a la incorporación de la documentación y las actuaciones realizadas en dicho expediente al presente expediente (RO 2006/1582).

En consecuencia, a la vista de las denuncias presentadas y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”) mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de enero de 2007 se informó a TESAU, CITY CALL, TAKE YOUR CHANCE y GRUPO M&M de la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento por presunto incumplimiento de TESAU de las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006 por la generación de PINES sin la autorización de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones, concediéndoles un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Octavo.- Personación como interesado de TTP.

Con fecha 2 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TTP en el que solicita personarse como interesado en el expediente.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 6 de febrero de 2007 se le reconoció a TTP la condición de interesado y se le concedió el plazo de 10 días para formular las alegaciones que estimara oportunas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno.- Alegaciones de TESAU.

Con fecha 15 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que manifiesta que no procede analizar, en el presente expediente, dos objetos tan dispares como son un período de actuaciones previas para valorar el cumplimiento de las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006, y un conflicto contractual entre un operador y un Agente Distribuidor, ni tampoco procede acumular el expediente RO 2006/241 al expediente de referencia.

Asimismo presenta las siguientes alegaciones:

- Que TESAU resolvió los contratos suscritos con los antiguos Agentes Distribuidores una vez notificada la Resolución de 25 de enero de 2006, en cumplimiento de lo establecido en el Resuelve Primero de la citada Resolución, y que, en consecuencia, no ha retribuido a sus Agentes Distribuidores.
- Que envió a todos los Agentes Distribuidores, incluido TAKE YOUR CHANCE, un burofax comunicándoles la resolución del contrato y con ello la inaplicabilidad de las condiciones de retribución de la labor de distribución realizada.
- Que solicitó autorizaciones de números PIN a esta Comisión en fechas 13, 23, 29 y 31 de diciembre de 2005 y 25 de enero de 2006, todas ellas denegadas por sendas Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de febrero y 23 de marzo de 2006, *“sin que desde que le fue notificada la Resolución de 10 de noviembre de 2005 (un día después) haya emitido más números PIN para la elaboración de tarjetas o cualesquiera otros soportes de pago”*.
- Que ante la imposibilidad de los anteriores Agentes Distribuidores de crear y vender nuevos soportes de pago -con el perjuicio que ello suponía a su negocio y objeto social (pues los mismos dependían de los soportes de pago asociados a los números PIN que se habían emitido y vendido con anterioridad al 11 de noviembre de 2005)- TESAU puso en funcionamiento desde el 1 de marzo de 2006 un nuevo modelo para la prestación del servicio telefónico disponible al público para operadores por medio de soportes de pago, que se comunicó a esta Comisión el 21 de marzo de 2006.
- Que los operadores de este nuevo modelo contractual, denominados “Operadores Emisores de Tarjetas” (en adelante, “OETs”) inscritos en el Registro de esta Comisión y alguno de los antiguos Agentes Distribuidores de TESAU continúan vendiendo soportes de pago como Operadores, *“con la particularidad de que tales soportes o números PIN son generados por ellos mismos”*.
- Que TESAU no ha resuelto de forma unilateral el Contrato de Distribución suscrito con TAKE YOUR CHANCE sino que el mismo se ha resuelto por causas sobrevenidas, es decir, por la imposibilidad de remunerar la labor distribuidora de este último operador, a partir de la notificación en fecha 27 de enero de 2006 de la Resolución de esta Comisión del 25 del mismo mes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente solicita que se *“acuerde el archivo del expediente en cuanto al procedimiento de actuaciones previas y se declare incompetente para la valoración de la ejecución o resolución del contrato de Distribución que vinculaba a Telefónica de España y a la entidad Take Your Chance, S.L.”*.

Décimo.- Alegaciones de TTP.

Con fecha 27 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TTP manifestando que tiene suscritos con el Grupo M&M tres contratos pendientes de pago, en relación con la exhibición de publicidad en los paneles informativos y en los cristales interiores de las cabinas telefónicas, así como respecto de la emisión de SMS's desde cabinas, con la inclusión de un mensaje publicitario que aparece a continuación del texto enviado por el usuario.

Asimismo sostiene que los Juzgados de la Jurisdicción Civil resultarían ser los competentes para dilucidar el conflicto planteado, por tratarse de contratos publicitarios.

No obstante, indica que tiene un contrato con TAKE YOUR CHANCE de Distribución de Tarjetas prepago Virtuales en Terminales de Uso Público, suscrito el 30 de noviembre de 2005, por el cual TTP pone a disposición de dicho operador un canal de distribución, constituido por una red de cabinas instaladas en recintos privados.

Por otra parte, y respecto de los incumplimientos a los que hace referencia TAKE YOUR CHANCE, entiende que los mismos son los relativos a la venta de tráfico internacional, es decir a aquellos contratos en que no ha intervenido TTP, resultando, en consecuencia, ajena a la presunta falta de activación de venta de PINES a través de soportes diferentes a cabinas telefónicas.

Por todo ello, TTP solicita a esta Comisión que *“acuerde su falta de competencia para conocer el conflicto entre la denunciante y la Compañía Telefónica Telecomunicaciones Públicas, y subsidiariamente, la ausencia de responsabilidad de dicha Sociedad”*.

Décimo primero.- Adopción de la Resolución de 15 de marzo de 2007 por la que se pone fin al Expediente RO 2006/241.

Con fecha 15 de marzo de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se pone fin al período de información previa iniciado a resultas de las denuncias de CITY CALL en relación con las prácticas comerciales de TESAU y de TTP en el ámbito de las tarjetas prepago.

En su Resuelve segundo dispone lo siguiente:

Segundo.- *“En cuanto al presunto incumplimiento por parte de TESAU de las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006 procede la incorporación de la documentación y las actuaciones en relación al mismo, al expediente con referencia RO 2006/1582”*.

Dicha Resolución fue notificada a TESAU con fecha 23 de marzo de 2007.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia con lo anterior se incorporan al presente expediente los siguientes documentos:

- Denuncia inicial de CITY CALL.

Con fecha 15 de febrero de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de CITY CALL por el que denuncia que, a pesar de la existencia de múltiples Resoluciones de esta Comisión al respecto, y en particular de la Resolución de 25 de enero de 2006 relativa a la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de TESAU (MTZ 2005/752), la empresa TESAU ha seguido llevando a cabo prácticas comerciales anticompetitivas en el ámbito de las tarjetas prepago, por lo que solicita la adopción de medidas cautelares.

Subsidiariamente, CITY CALL solicita que se imponga a TESAU *“la obligación de desactivar todos los Códigos PIN que no estén vinculados a ofertas aprobadas por esta Comisión”,* así como *“la obligación de controlar las condiciones de comercialización que los “Agentes Distribuidores” introduzcan en las plataformas de TESAU”,* y de *“retirar de su plataforma toda programación de condiciones comerciales no aprobadas por esta Comisión”.* Alternativamente, CITY CALL solicita que se requiera a TESAU *“la información relativa a los códigos PIN generados a cada “Agente Distribuidor” en los últimos seis meses especificando la fecha de generación y el listado de códigos PIN”.* Además, CITY CALL solicita que se imponga cautelarmente a TESAU la obligación de cobrar íntegramente los precios regulados no satisfechos en el pasado por los “Agentes Distribuidores”.

-Escrito de TESAU.

Con fecha 30 de marzo de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que manifiesta, entre sus principales alegaciones, que no se puede responsabilizar a TESAU de la política comercial y de precios de sus Agentes Distribuidores.

Asimismo indica que el margen de maniobra de TESAU para incidir en el mercado de las tarjetas prepago es prácticamente inexistente dado que esta Comisión ha impuesto, entre otras las siguientes medidas:

“13. la obligación de solicitar a la CMT previa autorización para generar los códigos PIN de cada una de las tarjetas de prepago de sus Agentes Distribuidores (Resolución 25.01.06)

14. la obligación de aportar información relativa al número de PINES generados desde el 25.10.05 al 25.01.06, identificando la tarjeta comercial a que ha dado lugar y el Agente Distribuidor que solicitó dicho PIN (Resolución 25.01.06)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Escrito de CITY CALL.

Con fecha 27 de abril de 2006, tuvo entrada en esta Comisión escrito de CITY CALL en el que alega que a pesar de las Resoluciones de esta Comisión de 10 de noviembre de 2005 y de 25 de enero de 2006 por las que esta Comisión impuso a TESAU la obligación de solicitar autorización para la generación de PINES, así como las Resoluciones de 23 de febrero y 23 de marzo de 2006, por las que no se autorizó la generación de nuevos PINES, TESAU ha seguido sirviendo a sus Agentes Distribuidores con normalidad, puesto que éstos actúan en el mercado y disponen de PINES. Según CITY CALL, todo ello lleva a pensar que TESAU podría estar incumpliendo la prohibición de activación de PINES sin previa autorización de esta Comisión.

CITY CALL sugiere que se compruebe la fecha de activación de los PINES que están siendo comercializados por los Agentes Distribuidores, y que se evalúe si los PINES generados con anterioridad a la Resolución de 10 de noviembre de 2005 ya están agotados.

-Escrito de CITY CALL.

Con fecha 14 de julio de 2006, tuvo entrada en esta Comisión escrito de CITY CALL aportando información acerca de la denominada Tarjeta Verde, que según CITY CALL estaría comercializando un Agente Distribuidor de TESAU, y respecto de la cual TESAU podría haber activado los correspondientes PINES sin la autorización previa de esta Comisión, incumpliendo las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006.

- Escrito de CITY CALL.

Con fecha 30 de octubre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITY CALL reiterando las solicitudes efectuadas con anterioridad en el marco del expediente RO 2006/241.

Décimo cuarto.- Incorporación de documentos del expediente RO 2006/471.

Con fecha 13 de septiembre de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado a resultas de la información remitida por TESAU en relación con el modelo de contrato para la prestación del servicio telefónico disponible al público para los OETs por medio de soportes de pago.

En virtud de los datos aportados por TESAU y los OETs en sus escritos de contestación a los requerimientos de información realizados por esta Comisión, en relación con la operativa del nuevo modelo contractual presentado y su posible incidencia en la obligación de TESAU de solicitar autorización para la generación de PINES, se resolvió lo siguiente:

Cuarto.- *“En cuanto al presunto incumplimiento por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U de las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de 2006, por la activación de PINES sin la debida autorización de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, procede la incorporación de la documentación y las actuaciones en relación al mismo contenidas en el presente procedimiento, al expediente con referencia RO 2006/1582”.

En consecuencia con lo anterior se incorporan al expediente los siguientes documentos:

- Contrato de provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago para #operador#.
- Contrato para la prestación del servicio de transporte y terminación nacional de llamadas señalizadas por plataforma de TESAU para #operador#.
- Contrato para la prestación del servicio de transporte y terminación internacional de llamadas señalizadas por plataforma de TESAU para #operador#.
- Escrito remitido por SOCIEDAD REGIONAL DE INFORMÁTICA S.A., contestando al requerimiento de información, en fecha 5 de febrero de 2007.
- Escritos remitido por TELECARD TELECOMUNICACIONES S.L., INSTANT TELEKOM SERVICES S.L.U, y TAKE YOUR CHANCE S.L., contestando al requerimiento de información, en fecha 6 de febrero de 2007.
- Escrito remitido por TARLER TELEFÓNIA S.L., contestando al requerimiento de información, en fecha 7 de febrero de 2007.
- Escrito remitido por TESAU contestando al requerimiento de información, en fecha 8 de febrero de 2007.
- Escrito remitido por CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L., contestando al requerimiento de información, en fecha 22 de febrero de 2007.
- Escrito remitido por TESAU, contestando al requerimiento de información, en fecha 6 de agosto de 2007.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Primero.- Calificación de los escritos presentados por TAKE TOUR CHANCE, GRUPO M&M Y CITY CALL.

La LRJPAC establece que la denuncia es una de las formas de dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo; sin embargo, no recoge una definición concreta de lo que debe entenderse por “denuncia”.

El artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto -Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la potestad sancionadora- (en adelante, “Reglamento del Procedimiento Sancionador”)² aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 58 de la LGTel, determina que:

*“1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.
A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)*

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa”.

Los escritos presentados por TAKE YOUR CHANCE, GRUPO M&M y CITY CALL en virtud de los cuales se pone de manifiesto el presunto incumplimiento por parte de TESAU en relación con la solicitud de autorización a esta Comisión para la activación de PINES de las tarjetas prepago, a los efectos de determinar la procedencia de las correspondientes actuaciones sancionadoras, constituyen una denuncia por unos hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”) consistente en un incumplimiento por TESAU de las obligaciones en relación con las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus competencias en materia de comunicaciones electrónicas.

En atención a lo anterior, y en virtud del precepto citado, han de calificarse los escritos de referencia como una denuncia a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar o no el correspondiente expediente sancionador.

² BOE núm. 189, de 9 de agosto [RCL 1993, 2402].



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Con objeto de determinar la competencia de esta Comisión en el marco del presente expediente, ha de analizarse si las conductas descritas en los escritos de TAKE YOUR CHANCE, GRUPO M&M y CITY CALL pueden considerarse como conductas sancionables por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Según ponen de manifiesto las entidades denunciadas, TESAU y TTP podrían haber incurrido en un incumplimiento de las Resoluciones de 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006, en relación con presuntas prácticas anticompetitivas en el ámbito de las tarjetas prepago.

Los artículos 48.3.j) y 50.7 de la LGTel consagran como función de la Comisión, el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en esa Ley.

Conforme a los mismos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente, de acuerdo con el artículo 58 a) de la LGTel, para sancionar las infracciones muy graves tipificadas en la LGTel entre las cuales se encuentra *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”* (art. 53.r).

De acuerdo con lo anterior, cabe concluir la competencia de esta Comisión para incoar y conocer sobre las supuestas infracciones denunciadas por TAKE YOUR CHANCE y GRUPO M&M y la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento sancionador, según lo dispuesto en el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Tercero.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa a los efectos de la apertura o no de un procedimiento sancionador por esta Comisión.

Sobre la base de las denuncias presentadas por TAKE YOUR CHANCE, GRUPO M&M, CITY CALL, así como de las actuaciones realizadas en los Expedientes RO 2006/241 y RO 2006/471, esta Comisión inició un periodo de información previa con objeto de verificar los hechos controvertidos y determinar si podían ser considerados suficientes para proceder a la apertura de un procedimiento sancionador.

El presente expediente trae causa de las Resoluciones de esta Comisión de fecha 25 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2006, en relación con la obligación de TESAU de solicitar autorización para la activación de códigos PIN de las tarjetas telefónicas prepago.

Por lo tanto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha procedido a analizar si la práctica de TESAU, a partir de la notificación de las mencionadas resoluciones, supone un incumplimiento de lo resuelto en las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. La operativa de TESAU respecto del servicio telefónico público mediante soportes de pago.

Con fecha 15 de noviembre de 2005, TAKE YOUR CHANCE suscribió con TESAU los siguientes Contratos:

-Contrato del Servicio de Tarjetas prepago Multidestino para la prestación de Servicio Telefónico disponible al público.

-Contrato de Distribución Comercial de Soportes de pago.

-Acuerdo adicional al Contrato de Servicios de Gestión Comercial para telefonía de uso público.

-Contrato de Distribución de tarjetas prepago virtuales en terminales de uso público.

Asimismo, con fecha 30 de noviembre de 2005 TAKE YOUR CHANCE suscribió con TTP el Contrato de Distribución de tarjetas prepago virtuales en terminales de uso público titularidad de este último operador.

La relación jurídica existente entre TESAU y los denominados “Agentes Distribuidores” en la comercialización de tarjetas prepago estaba instrumentada a través de los contratos anteriormente mencionados, existiendo una vinculación entre ellos para generar un mismo modelo general de negocio, de acuerdo a la información aportada en el marco del expediente RO 2006/471.

El contrato del servicio de tarjetas prepago Multidestino para la prestación del servicio telefónico disponible al público establecía que el Cliente al que TESAU prestaba este servicio se dedicaba, entre otras actividades, “*al negocio de explotación de servicios de telecomunicaciones a terceros usuarios finales bajo el régimen de telefonía de uso público*”.

El referido contrato incluía las prestaciones y elementos siguientes que lo caracterizaban y conformaban:

[CONFIDENCIAL]

Adicionalmente al anterior contrato, TESAU suscribió en su momento con los Agentes Distribuidores el denominado Contrato de Distribución Comercial de Soportes de pago. El Distribuidor era **[CONFIDENCIAL]**. Dicho contrato se encontraba íntimamente ligado al Servicio de alquiler de plataforma considerado en el marco del contrato del servicio de tarjetas prepago Multidestino para la prestación del servicio telefónico disponible al público.

Así, la Estipulación Primera recogía que **[CONFIDENCIAL]**.

El Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago preveía la realización por el Agente Distribuidor de determinadas actividades de venta y postventa en relación con la edición y distribución comercial de las tarjetas prepago, por las que TESAU retribuía una cantidad por tarjeta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la Resolución de esta Comisión de 25 de enero de 2006 se comprobó que los Agentes Distribuidores tenían autonomía para definir los parámetros y variables descriptivas de las tarjetas, así como para fijar las tarifas aplicadas a los distintos destinos, confirmando con ello su calificación como revendedores o clientes mayoristas. Así, el resuelve primero de la Resolución de 25 de enero de 2006 definió la figura de los Agentes Distribuidores en los siguientes términos:

“Primero.- Los Agentes Distribuidores de las tarjetas prepago objeto de este expediente son verdaderos revendedores o clientes mayoristas de Telefónica de España, S.A.U.”.

Por esta razón se concluyó que TESAU no podía remunerar a sus Agentes Distribuidores *“como si fueran meros distribuidores a los que retribuye por el ahorro de costes que éstos le generan puesto que los revendedores no les generan ningún ahorro en costes”.*

La retribución de TESAU a los Agentes Distribuidores, entre ellos TAKE YOUR CHANCE, prevista en el Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago, era un elemento esencial de la referida relación jurídica y por ello la Comisión resolvió, mediante Resolución de 25 de enero de 2006, que TESAU no podía retribuir a sus Agentes Distribuidores.

Asimismo, esta Resolución confirmó, en su Resuelve Cuarto la obligación de TESAU en relación con la solicitud de autorización para la generación de PINES de las tarjetas telefónicas prepago.

En fecha 28 de febrero de 2006 TESAU suscribió con siete operadores los tres contratos para la prestación del servicio telefónico disponible al público para operadores por medio de soportes de pago, perdiendo vigencia los contratos anteriormente suscritos entre TESAU y los Agentes Distribuidores, entre ellos TAKE YOUR CHANCE. Dichos contratos se circunscriben a la provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago para operadores, y a la prestación del servicio de transporte y terminación nacional e internacional de llamadas³. Este nuevo modelo contractual propuesto y notificado por TESAU a esta Comisión, fue objeto de análisis en el marco del expediente RO 2006/471.

Precisamente, la Resolución de 13 de septiembre de 2007 analizó el nuevo modelo contractual presentado por TESAU y sus notas esenciales.

Del modelo contractual se desprende que los OETs actúan por cuenta propia, es decir, son unidades económicas y jurídicas distintas de TESAU que gestionan su propio modelo de negocio, de forma independiente a dicho operador. En particular, no

³ Contrato de provisión del servicio de plataforma para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago para #operador# (en adelante “Contrato de plataforma”); Contrato de prestación del servicio de transporte y terminación nacional de llamadas señalizadas por plataforma de TELEFÓNICA DE ESPAÑA para #operador# (en adelante “Contrato de transporte y terminación nacional de llamadas”); y Contrato de prestación del servicio de transporte y terminación internacional de llamadas señalizadas por plataforma de TELEFÓNICA DE ESPAÑA para #operador# (en adelante “Contrato de transporte y terminación internacional de llamadas”).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los que contractualmente ninguna labor de distribución de soportes de pago, por lo cual no existe retribución por parte de TESAU hacia los OETs por ese concepto. Asimismo, asumen los riesgos financieros y comerciales correspondientes al desarrollo de su actividad, y tienen libertad para fijar los precios y condiciones de las llamadas realizadas mediante las tarjetas prepago que comercializan. Dichos operadores generan sus propios códigos PIN, gestionan y emiten sus propios soportes de pago - que comercializan a través de sus propios canales-, y compran un determinado volumen de minutos destinados a cursar llamadas telefónicas por parte de los usuarios finales que adquieren dichas tarjetas.

Los tres servicios mayoristas de provisión del servicio de plataforma y acceso desde numeración gratuita para el usuario llamante, de transporte y terminación nacional de llamadas, y de transporte y terminación internacional de llamadas, pueden contratarse de manera independiente y sin necesidad de hacerlo por todo el paquete de servicios de TESAU. Es decir que los OETs pueden contratar con TESAU, o con otro operador, el servicio de plataforma, el servicio de transporte y terminación nacional, así como el servicio de transporte y terminación internacional.

En conclusión se comprobó, en el marco del expediente RO 2006/471, la inexistencia de retribución a los nuevos OETs –que anteriormente percibían los Agentes Distribuidores-, la pérdida de vigencia de los anteriores contratos, el consecuente cambio de la figura del Agente Distribuidor de TESAU por el del OET y la replicabilidad de los servicios propuestos por TESAU.

A día de hoy, los contratos suscritos entre TESAU y los OETs para la prestación del servicio telefónico disponible al público por medio de soportes de pago se encuentran vigentes.

2. El proceso de generación de códigos PIN de las tarjetas telefónicas prepago.

Previo al análisis del alcance y fundamento de la obligación impuesta a TESAU en relación con la solicitud de autorización para la generación de códigos PIN asociados a las tarjetas telefónicas, resulta fundamental describir en qué consiste el proceso de emisión de PINES según lo dispuesto en los contratos que anteriormente TESAU tenía suscritos con los Agentes Distribuidores, y en el modelo contractual suscrito con los OETs.

La emisión de Códigos PIN consiste en un proceso de creación de números aleatorios a nivel de base de datos, mediante el cual se generan registros en dicha base, uno por tarjeta, en los que se incluye información esencial del soporte de pago como el saldo inicial de la tarjeta telefónica y su fecha de caducidad.

De conformidad con lo dispuesto en la Estipulación Segunda del Contrato del Servicio de tarjetas prepago Multidestino para la prestación de servicio telefónico disponible al público –vigente al momento de dictarse la Resolución de esta Comisión de 25 de enero de 2006-, la generación de los códigos PIN (activación, suministro y desactivación), asociados a las tarjetas prepago, era una actividad llevada a cabo por la propia TESAU. Precisamente era TESAU quien enviaba al Agente Distribuidor el fichero de números PIN generado por el Sistema de gestión de Tarjetas Prepago,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

correspondiente al importe solicitado por dicho Agente⁴. Este último era el que procedía a la fabricación de los soportes tipo, a su impresión, almacenaje, distribución y eventual comercialización. Cada código PIN permitía al Agente Distribuidor emitir una tarjeta telefónica.

La solicitud de códigos PIN a TESAU debía realizarse por escrito, indicando los siguientes datos: identificación del cliente, producto para el que se desea emitir tarjetas, fecha de efectividad y de caducidad de la serie (absoluta y relativa), saldo inicial de las tarjetas (euros) y número de tarjetas y tamaño de cada serie.

Cuando las tarjetas eran emitidas no estaban activadas, resultando operativas cuando el Agente Distribuidor procedía a su activación a través del interfaz Web de gestión, al momento de producirse la venta de las tarjetas telefónicas.

Por otra parte, en relación con el nuevo modelo contractual presentado por TESAU ante esta Comisión, y de conformidad con lo señalado en la estipulación segunda del Contrato de plataforma, TESAU pondrá a disposición del OET una plataforma, accesible por medio de una interfaz Web de gestión, que *“le permitirá controlar y gestionar directamente los Soportes emitidos por él, gozando de una total autonomía en el control y gestión de las tarifas y tráfico que aplica al usuario final”*.⁵ Asimismo le permitirá emitir o gestionar los Códigos PIN.

TESAU señala en su contestación al requerimiento de información de fecha 6 de agosto de 2007 –en el marco del expediente RO 2006/471- que cuando un OET necesita PINES accede a la Web de Gestión para poder obtenerlos, los cuales se incluyen en forma de fichero.

Según manifiesta INSTANT TELEKOM SERVICES las tarjetas que comercializa son tarjetas propias y sobre las que no existen contratos con ninguna entidad; es decir que *“las mismas son fabricadas y comercializadas exclusivamente”* e incorporan la publicidad que en cada momento determina el Departamento Comercial y de Marketing de dicho operador⁶.

El Contrato de plataforma establece, en cuanto a la operativa de uso del servicio, que una vez comprobado que el código de seguridad (PIN) es el correcto y que tiene saldo suficiente (por lo cual el usuario dispone de un tiempo de conversación disponible para esa llamada) la misma será cursada al destino deseado y terminada por el Operador con el que el OET hubiese acordado el transporte y terminación de la llamada.

⁴ De conformidad con la Estipulación 2.1.1. del Contrato del Servicio de Tarjetas Prepago Multidestino para prestación de servicio telefónico disponible al público, TESAU, en el plazo máximo de 15 días, enviaba al Agente Distribuidor por un medio seguro, basado en el cifrado mediante criptografía de clave pública con la aplicación PGP (Pretty Good Privacy) el fichero de Códigos PIN, los cuales estaban agrupados en series y lotes.

⁵ La gestión de la plataforma incluye la emisión de soportes de pago, la activación y bloqueo de los mismos, la creación, modificación y asignación de tarifas a dichos soportes, así como la determinación del precio por minuto por destino, el establecimiento de llamada, la unidad de tarificación, las condiciones por día sin uso, la duración máxima de la llamada, etc.

⁶ Escrito de contestación al requerimiento de información realizado en las actuaciones correspondientes al expediente RO 2006/471, de fecha 6 de febrero de 2007.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia con lo anterior se puede concluir que el proceso de generación de códigos PIN es otra de las diferencias sustanciales del nuevo modelo respecto del Contrato del Servicio de tarjetas prepago Multidestino. Anteriormente los Agentes Distribuidores debían remitir a TESAU la correspondiente solicitud de PINES por correo electrónico a TESAU, quien era la encargada de generarlos y enviarlos al Distribuidor; mientras que actualmente son los propios OETs quienes gestionan la generación de los PINES a través de una Interfaz Web que forma parte del servicio de alquiler de plataforma que puede proporcionarles TESAU como servicio mayorista, u otro operador, e inclusive ellos mismos si decidieran tener su propio servicio de plataforma.

Hechas estas consideraciones, es preciso analizar los fundamentos y la finalidad de la obligación impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a TESAU en relación con la solicitud de autorización para la generación de PINES de las tarjetas telefónicas de prepago, a los efectos de determinar si ha incumplido o no dicha obligación y en qué medida el mantenimiento de la misma contribuye a que no se produzcan distorsiones a la competencia.

3. La autorización para la generación de códigos PIN de las tarjetas prepago y la salvaguarda de la competencia.

La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de enero de 2006 confirmó la medida cautelar adoptada en la Resolución de 10 de noviembre de 2006⁷ en relación con la necesidad de solicitar a esta Comisión la autorización necesaria para generar los códigos PIN de cada una de las tarjetas de prepago.

La condición impuesta a TESAU en relación con la solicitud de autorización para la generación de PINES y la necesaria aportación de información sobre las tarjetas prepago, se adoptó en virtud de los artículos 11.4, 48.2 y 48.3 de la LGTel. El artículo 11.4 de la LGTel otorga a esta Comisión la facultad de intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos del artículo 3 de dicha ley. A tal objeto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede imponer obligaciones o condiciones a los operadores.

⁷ "... se hace necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren, de manera inmediata, la no existencia de comportamientos anticompetitivos por parte de Telefónica, con el fin de evitar que esa posible discriminación sea utilizada para lograr una ventaja competitiva sobre los operadores y/o revendedores por medio de tarjetas alternativas, de ahí que su adopción debe de ser urgente y a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la resolución que finalmente se dicte. Tales medidas no pueden únicamente incidir en tarifas que pretenda aplicar en un futuro Telefónica sino que deben afectar a aquellos minutos de tráfico ya a disposición de los canales de distribución, puesto que sólo así se garantiza la efectividad de la intervención de esta Comisión y del traslado real de las medidas que se adopten" (V.2 Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar. Resolución de 10 de noviembre de 2005 por la que se adoptan determinadas medidas cautelares en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de Telefónica de España, S.A.U.).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, de conformidad con lo establecido por el artículo 48.2 de la LGTel, esta Comisión tendrá por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones”*. Y que entre sus funciones está la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, (...) y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”* (Artículo 48. 3. e) de la LGTel).

La mención en el artículo 11.4 de la LGTel del fomento y la garantía del acceso e interconexión y la interoperabilidad no es sino la determinación de los intereses públicos que deben ser protegidos con la actuación de esta Comisión, y la remisión a los objetivos del artículo 3, trae a los presupuestos de esa intervención el conjunto de objetivos de salvaguarda y fomento de la competencia que en todo caso deben garantizarse al imponer las obligaciones específicas a los operadores.

Tal como indica el Resuelve Cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006 la obligación de TESAU de solicitar a esta Comisión dicha autorización tenía por objeto asegurar que no se produjeran más distorsiones a la competencia.

Según la Comisión, la distorsión producida por la existencia de precios de venta al público de los Agentes Distribuidores situados por debajo de los precios mayoristas regulados de TESAU, en concreto de la oferta *“Masterbono Proveedores”*, *“tan sólo puede estar basada en al existencia de descuentos encubiertos, no justificadas ni económica ni contablemente, en los contratos que vinculaban a TESAU y a los Agentes Distribuidores”*.

Asimismo sostuvo que *“la existencia de un privilegiado régimen de precios mayoristas por parte de Telefónica a sus clientes o la existencia de descuentos encubiertos fomentan la contratación de todos los servicios paquetizados a Telefónica, de forma que se excluye la contratación de servicios a terceros operadores, que disponen de mejores precios de salida internacional”*. Esta situación repercutía en que las entidades dedicadas a la comercialización de dichas tarjetas podían verse obligadas a contratar los servicios de TESAU y a cursar la totalidad de su tráfico con dicho operador.

A estos efectos era necesario que TESAU aportara determinada información relativa a las tarjetas que los diferentes Agentes Distribuidores pretendían comercializar. A saber: el nombre comercial de la tarjeta, su coste de mantenimiento diario, y el recargo para llamadas desde terminales de uso público, así como las específicas para cada destino, en particular, los precios por minuto, el coste de establecimiento, y el sistema de facturación (segundos, minutos, etc.).

En las Resoluciones de esta Comisión de 23 de febrero y 23 de marzo de 2006 –por las que se denegaron las últimas solicitudes de autorización a TESAU para la generación de PINES- se realizó una comparativa de precios de los distintos destinos de las tarjetas que los Agentes Distribuidores pretendían comercializar versus los precios regulados incluidos en el Price cap (deducido el descuento del Plan Masterbono), al que supuestamente estarían comprando a TESAU.

Del análisis de diferentes tarjetas telefónicas esta Comisión concluyó, en ambas Resoluciones, que el número de minutos ofrecido por los Agentes Distribuidores era significativamente superior al que resultaría para el mismo destino de acuerdo con los precios BOE deducido del Plan Masterbono Proveedores, mientras que el precio por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

minuto ofrecido era significativamente inferior. Asimismo, estableció que en todos los casos el precio ofrecido por los Distribuidores era inferior al fijado en el BOE.

Tal como se desprende de lo expuesto, la obligación de autorización estaba vinculada esencialmente al modelo contractual de TESAU con los Agentes Distribuidores y en relación con el control de la aplicación de los precios regulados mediante el régimen de price cap, y, en su caso, de un porcentaje de descuento contemplado en el Plan Masterbono proveedores.

A partir de la Resolución de 9 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales y no residenciales y la definición de los mercados de servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales y no residenciales, el análisis de los mismos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas (Mercados 3 a 6 de la Recomendación de la Comisión Europea⁸), se liberalizaron los servicios finales eliminando el mecanismo de precios máximos (price cap) que existía previamente, procediéndose por tanto a la consiguiente eliminación del régimen de precios regulados vigentes en su momento.

Cabe recordar que corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indicar aquellas condiciones de la prestación de servicios de comunicaciones de TESAU que podrían resultar no competitivas como la exclusividad en el tráfico, la discriminación al ofrecer condiciones distintas a los operadores, o el incumplimiento de la normativa vigente en materia de precios.

Para mantener o suprimir una obligación resulta necesario analizar la proporcionalidad de la misma respecto de la finalidad perseguida. Es decir, analizar en qué medida la solicitud de autorización para la generación de PINES, en el marco del nuevo modelo contractual vigente entre TESAU y los OETs para la prestación del servicio telefónico disponible al público para operadores por medio de soportes de pago, contribuye a la salvaguardia de la competencia.

En consecuencia con lo expuesto anteriormente, y dada la existencia de este nuevo modelo contractual –donde son los propios OETs los que generan sus propios códigos PIN, y que pueden contratar por separado con distintos operadores el servicio de plataforma, así como el transporte y terminación nacional/ internacional-, la pérdida de vigencia del anterior modelo de relación donde se establecía una retribución para los Agentes Distribuidores de TESAU, así como la eliminación del régimen de precios price-cap, es posible concluir que la obligación de solicitar la autorización a esta Comisión para la generación de códigos PIN resultaría una carga regulatoria excesiva.

En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de las medidas adoptadas por esta Comisión no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo por el cual se aplican.

⁸ Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE L114/45, de 8 de mayo de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La obligación de solicitar autorización para la generación de PINES se hallaba enmarcada en la relación contractual entre TESAU y los Agentes Distribuidores con la finalidad de asegurar que no se produjeran distorsiones a la competencia, puesto que los PINES se generaban por TESAU y debía controlarse el precio que TESAU les ofrecía (Price cap y Plan Masterbono). En el nuevo modelo, los PINES son directamente generados por los OETs, los cuales ponen los precios de forma independiente a TESAU (son revendedores). Además, se ha eliminado el régimen de price cap.

En consecuencia, resulta procedente el no mantenimiento de esta obligación, en tanto y en cuanto TESAU continúe con el modelo contractual de servicios mayoristas presentado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 23 de marzo de 2007 y cumpla con lo resuelto en la Resolución de 13 de septiembre de 2007, en relación con el expediente RO 2006/471.

En particular procede recordar que, conforme al Resuelve segundo de la citada Resolución, *“TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá comunicar a esta Comisión toda modificación en las condiciones técnicas, económicas y/o legales afectas a los contratos suscritos con los Operadores Emisores de Tarjetas, al objeto de que esta Comisión pueda realizar un seguimiento de los posibles efectos sobre la competencia de dichas modificaciones contractuales, de conformidad con el artículo 9 de la LGTel.”*, lo cual permitirá a esta Comisión actuar en el caso de que se detecten posibles comportamientos anticompetitivos en los mercados.

4. Cumplimiento de la obligación de solicitud de autorización para la generación de códigos PIN de soportes de pago.

En el marco de la relación contractual entre TESAU y los Agentes Distribuidores, la obligación de solicitar autorización a esta Comisión para la generación de PINES surge desde el 14 de noviembre de 2005, a partir de la notificación a TESAU de la Resolución de 10 de noviembre del mismo año.

En virtud de lo dispuesto en el Resuelve cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006 y según consta a esta Comisión, con fechas 13, 23, y 29 de diciembre de 2005, 31 de enero y 23 de febrero de 2006, TESAU solicitó la autorización a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la generación de PINES. Dichas solicitudes fueron denegadas por medio de las Resoluciones de esta Comisión de 23 de febrero y 23 de marzo de 2006.

Desde la última petición ante esta Comisión con fecha de 23 de febrero de 2006 TESAU no ha solicitado autorización para la activación de PINES, manifestando que la falta de dicha petición se debe a un cambio en la relación contractual entre TESAU y los Agentes Distribuidores –notificada a esta Comisión el 23 de marzo de 2006- y que ha sido analizado en el marco del expediente RO 2006/471.

Según expresa TESAU, en su escrito de 15 de febrero de 2007 *“... desde que le fue notificada la Resolución de 10 de noviembre de 2005, Telefónica de España no ha emitido ningún PIN, tarjeta o soporte de pago para la venta del servicio telefónico fijo disponible al*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

público, cumpliendo con ello lo dispuesto en el Resuelve Tercero de la misma y el Resuelve Cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006”.

De conformidad con lo descrito en el apartado 2 anterior en relación con el proceso de generación de PINES con anterioridad al nuevo modelo contractual suscrito con los OETs, TESAU disponía de toda la información correspondiente a los Agentes Distribuidores y a las tarjetas que pretendían comercializar, y que debía aportar con cada nueva solicitud presentada ante esta Comisión, en cumplimiento del Resuelve cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006.

Por otra parte, tal como se ha podido comprobar, en el nuevo modelo contractual son los OETs quienes generan sus propios códigos PIN, gestionan, emiten y comercializan sus soportes de pago, a través de la Web de gestión, con lo cual TESAU ya no interviene en el proceso de generación de PINES.

Sumado a ello debemos tener en consideración las características de la relación contractual entre TESAU y los OETs, actualmente vigente. Entre ellas: la independencia jurídica y económica de los OETs respecto de TESAU, la posibilidad de replicabilidad por parte de otros operadores de los servicios mayoristas de tráfico ofrecidos por TESAU, así como de contratar por separado los servicios de plataforma y de transporte y terminación nacional/internacional y sin necesidad de hacerlo para todo el conjunto con TESAU.

En razón de todo lo expuesto podemos concluir que TESAU no ha incumplido con la obligación de solicitar a esta Comisión la autorización necesaria para generar los códigos PIN de cada una de las tarjetas de prepago.

5. La relación contractual entre TESAU y TAKE YOUR CHANCE

Por otra parte, y en relación con los eventuales incumplimientos de los contratos suscritos por TESAU y TAKE YOUR CHANCE, así como entre este último operador con TTP (relativos a los contratos de publicidad), planteados en las denuncias oportunamente presentadas, los mismos se enmarcan en la esfera de las relaciones jurídico-privadas que vinculan a las partes interesadas.

En consecuencia, al ser cuestiones de Derecho privado, no corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por motivo de habilitación competencial, pronunciarse al respecto sino a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, no siendo aplicable la legislación reguladora de las comunicaciones electrónicas, sino la relativa a los incumplimientos contractuales.

II. CONFIDENCIALIDAD

TESAU y los OETs solicitaron la confidencialidad de la información aportada en las contestaciones a los requerimientos de información, en el marco del expediente RO 2006/471. Dichos documentos han sido incorporados al presente expediente, tal como se expone en el antecedente de hecho décimo cuarto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre dicha solicitud, la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel establece que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

A su vez, el artículo 9.1. de la LGTel señala en su último inciso que *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial”*. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 46 de la mencionada LGTel dispone que, tendrá la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones, entre otras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que, en virtud de lo señalado en los artículos anteriores, ha de analizarse si efectivamente la difusión de la información citada podría perjudicar a dicha operadora en el presente procedimiento por afectar a su secreto comercial o industrial.

A tales efectos, si bien no existe en el ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial, puede tenerse en cuenta en el presente caso lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre información confidencial.

En efecto, la Comisión establece en el punto 3.2.1 18 de la citada Comunicación, que *“cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”*

Sobre la base de los preceptos anteriores, esta Comisión ha analizado detenidamente la confidencialidad de los datos aportados por TESAU y por los diferentes operadores requeridos, así como la confidencialidad de los datos agregados que se obtienen de los apartados y que se recogen en esta Resolución.

Pues bien, analizada dicha información esta Comisión ha estimado, previa ponderación entre el interés de las entidades en que se declare su confidencialidad y el beneficio posible de los operadores autorizados a conocer el contenido de la misma, la procedencia de declarar la confidencialidad de los documentos relativos a las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contestaciones a los requerimientos de información de TESAU y de los OETs realizadas en el marco del Expediente RO 2006/471, e incorporados al presente expediente.

Los datos a los que se refiere esta declaración de confidencialidad son relativos a la distribución de ingresos y el número de tarjetas comercializadas por los OETs, así como toda información relativa al número de minutos vendidos y precios por destino de cada uno de los soportes comercializados por los OETs.

Debe declararse la calificación de confidencial de dichos datos, pues los mismos contienen información de especial carácter estratégico, referida a la situación comercial de TESAU y de los operadores requeridos. En efecto, el análisis ha revelado que el posible beneficio que podría aportar al resto de interesados conocer tal información es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial de los operadores cuyos datos se proporcionan, se podrían producir con la revelación del contenido de los apartados citados. A tales efectos, debe tomarse en consideración que, por una parte, la no declaración de confidencialidad supondría suministrar información de TESAU y de los operadores requeridos a sus directos competidores y, por otra parte, que el contenido de los datos es extremadamente sensible por cuanto revela información relevante sobre la situación de cada uno de los operadores en el mercado y su evolución (número concreto anual de tarjetas vendidas, número de ingresos obtenidos, etc).

Por ello, se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución respecto de todos los interesados y terceros del presente procedimiento.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,

RESUELVE

PRIMERO.- No iniciar un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en relación con el presunto incumplimiento del Resuelve cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006 y del Resuelve primero de las Resoluciones de 23 de febrero y 23 de marzo de 2006 en lo que respecta a la generación de códigos PIN de las tarjetas telefónicas prepago sin la autorización necesaria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y proceder al archivo de las denuncias presentadas.

SEGUNDO.- No mantener la obligación impuesta a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., mediante el Resuelve Cuarto de la Resolución de 25 de enero de 2006, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relación con la solicitud a esta Comisión de autorización necesaria para generar códigos PIN de cada una de las tarjetas prepago, en tanto y en cuanto continúe con el modelo contractual para la prestación del servicio telefónico disponible al público para operadores por medio de soportes de pago presentado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con fecha 23 de marzo de 2006.

TERCERO.- Se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución respecto de todos los interesados y terceros del presente procedimiento.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera