



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por 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 10 de julio de 2003, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

### **RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/7247 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 18 DE JULIO DE 2002.**

Finalizada la instrucción del expediente sancionador AJ 2002/7247 incoado a Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de julio de 2002 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 27/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 10 de julio de 2003, recaída en el expediente sancionador AJ 2002/ 7247.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

# I ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Adopción de la Resolución de 24 de enero de 2002, por la que se pone fin al expediente RO 2001/5734.

Con fecha 24 de enero de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) adoptó Acuerdo por el que se aprueba la Resolución sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) a la operadora Vic Telehome, S.A. (en adelante, VIC TELEHOME).

En dicha Resolución, a la vista de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derecho, el Consejo de la CMT resolvió lo siguiente:

***“Primero.-** Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.*

*En concreto:*

- TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.*
- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.*
- TELEFONICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor.*

***Segundo.-** TELEFÓNICA deberá remitir a esta Comisión, en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, información en la que se relacionen todos aquellos contratos que incumplan los mandatos a que se refiere el apartado primero anterior. Esos contratos habrán de ser modificados, para adaptarlos a las obligaciones establecidas en esta resolución, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la misma. Las modificaciones contractuales serán comunicadas por TELEFONICA a esta*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Comisión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del indicado plazo de un mes.”*

### **SEGUNDO.- Incoación del procedimiento sancionador (*Documento 1 del expediente sancionador*).**

Por Acuerdo de fecha de 18 de julio de 2002, el Consejo de la CMT adoptó Resolución, recaída en el expediente OM 2001/5789, sobre las actuaciones de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) con respecto a las empresas de telefonía de uso público.

En el Fundamento de Derecho III.3.Segundo de la mencionada Resolución se señala:

*“Ahora bien, la documentación recibida durante la tramitación del expediente ofrece fundados indicios de que actualmente TESAU estaría ofreciendo a la AOTEP descuentos contrarios a lo establecido por esta Comisión en su mencionada Resolución de 24 de enero de 2002, resultando en consecuencia procedente el inicio de procedimiento sancionador al respecto en el que se determine si existe o no efectivamente dicho incumplimiento y, en su caso, las sanciones que correspondan.*

Así resulta de las alegaciones de algunos operadores, que han puesto de manifiesto el incumplimiento por TESAU de la Resolución de 24 de enero de 2002. Así, por ejemplo, PLASTIC CARDS señala que existe un incumplimiento de dicha Resolución, pues TESAU mantiene su política de descuentos encubiertos a favor, una vez más, de AOTEP:

- **«[TESAU] encubre [en los nuevos contratos] unas condiciones especiales no escritas que en el caso de los miembros de AOTEP llegan a suponer un 38% más un 2% adicional de descuento sobre el total de los conceptos facturados y que en empresas no pertenecientes a esta asociación significa un porcentaje menor negociado independientemente con cada una de ellas (...). Y para facilitar las liquidaciones, que antes suponían un arduo trabajo para TESAU, ahora el beneficiario del acuerdo, cada vez que TESAU le envía una factura, emite directamente otra contra TESAU por el porcentaje acordado (...). Se produce una discriminación entre sus propios clientes y no digamos a las empresas que como la nuestra en el ejercicio de su libertad han decidido trabajar con otras operadoras y por tanto no firmar el contrato impuesto por TESAU (...). El fin conseguido con esta actuación ha sido beneficiar a las empresas que operan con TESAU...»**

Similares alegaciones realiza ESCOITÓFONO en su escrito de contestación al requerimiento de información de esta Comisión (antecedente de hecho decimoséptimo), en el que indica que:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- «Los acuerdos de descuentos en concepto de Publicidad o Marketing se basan en lo mismo. La factura de Telefónica España se le aplica al cliente con los precios B.O.E. El cliente realizará el ingreso a Telefónica con el importe acordado y Telefónica le emite una autofactura o nota de abono por la diferencia».

Del mismo modo, ESCOITÓFONO ponía en conocimiento de esta Comisión que:

- «Telefónica nos aplicará [a los asociados a AOTEP] un descuento de un 38% en el total de la factura mensual. En esta factura mensual le ingresaríamos en la cuenta bancaria el 62% del importe total y nos enviarían una nota de abono en concepto de Marketing de la diferencia, acogiéndose a que nosotros colocaríamos una pegatina en los teléfonos de monedas, donde aparecería el logotipo de Telefónica de España, S.A.»

Ha de tenerse en cuenta la importancia del testimonio de estas dos empresas, que han formado parte de la Junta Directiva de la AOTEP y, en el caso de ESCOITÓFONO, lo ha sido incluso en el período inicial al que se refieren los descuentos aludidos.

Pero, es más, se ha recibido documentación que corrobora lo alegado por los interesados. Así, aporta ESCOITÓFONO un escrito alusivo a las **“CONDICIONES GENERALES DEL ACUERDO” entre TESAU y la AOTEP** (doc.61) en el que se especifica un:

**«Descuento de un 38% sobre facturación bruta (sobre todos los conceptos excepto equipos, sin incluir descuentos efectuados en factura) más un posible 2% (según crecimiento)».**

También aporta ESCOITÓFONO un **“MODELO DE LIQUIDACIÓN” de AOTEP** (doc. 61) en el que se establece la siguiente tabla explicativa sobre **cómo se calcula el descuento** a partir de una factura que se muestra como ejemplo:

### 5.-MODELO DE LIQUIDACIÓN

<b>Cuota abono</b>	<b>1.942,00</b>	
<b>A</b>		
Consumos sin descuentos	7.272,94	B
TOTAL BRUTO (A+B)	9.214,94	C
<b>Descuento acuerdo ( C-38 %)</b>	3.501,68	D
Total (C-D)	5.713,26	
<b>I.V.A. 16 %</b>	<b>914,12</b>	
<b>TOTAL A PAGAR</b>	<b>6.627,38</b>	

**AOTEP explica de nuevo a sus asociados la operativa actual en otra carta** remitida a los mismos

:

### **URGENTE**

**PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Notificar al banco donde tenemos domiciliados los pagos de TELEFONICA que devuelva los recibos.

2. Cuando recibamos la factura, realizaremos una autoliquidación de la siguiente forma:

Cogemos la Base imponible de la factura recibida y a la misma le sumamos los importes aplicados por descuentos de tráfico (Plan Universal). La cantidad resultante será nuestra nueva Base.

**A esta nueva Base, le aplicamos un 38% de descuento. A la cantidad resultante le añadiremos el 16% de IVA. Este es el importe que deberemos abonar a TELEFÓNICA.** En el caso de compra de equipos, TELEFÓNICA presenta factura de venta independiente del resto. Aquí nuestro descuento es de 22,5% y TELEFÓNICA emite la factura ya con el descuento incluido.

3. Disponemos de 10 días hábiles (CAMBIO DE ULTIMA HORA: AUMENTAMOS A 10 DIAS) desde la fecha de pago de la factura (día 7 de cada mes) para realizar el ingreso en la siguiente cuenta de TELEFONICA:

Entidad: [CONFIDENCIAL]

Sucursal: [CONFIDENCIAL]

D.C.: [CONFIDENCIAL]

Cuenta: [CONFIDENCIAL]

Observaciones: Pago recibido mes.....correspondiente a empresa.....

Si el día 7 no hubiéramos recibido todavía el Factel, a través de la página Web de TELEFÓNICA ([www.telefonicaonline.com](http://www.telefonicaonline.com), apartado EMPRESAS: Su factura) podemos conocer el importe Total y el detalle de nuestra factura.

**4. Para poder cuadrar nuestra contabilidad, y salvo cambio de procedimiento que sería anunciado convenientemente, deberemos hacer lo siguiente:**

**Emitir factura a TELEFÓNICA por el importe de la bonificación descontada + 16% IVA.** Los datos para la factura son los siguientes:

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.

Gran Vía, 28

28013 Madrid

NIF.: A-82018474

**CONCEPTO: Colaboración publicitaria mes.....**

**La factura NO la debemos enviar a TELEFÓNICA.**

La suma del pago efectuado a TELEFÓNICA más esta factura deberá cuadrar con el importe de la factura inicial emitida por TELEFÓNICA.

Abunda AOTEP en las explicaciones a sus abonados, presentando un ejemplo práctico de la operativa anterior:

### NOTA INFORMATIVA 06/02

### PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02 EJEMPLO PRACTICO DE AUTOLIQUIDACION



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

***Estas condiciones serán de exclusiva aplicación para aquellos asociados que hallan firmado y presentado el correspondiente contrato emitido por TELEFÓNICA.***

RECIBIMOS FACTURA DE TELEFÓNICA CON FECHA PAGO 7/MARZO/02 (CORRESPONDIENTE A CONSUMOS DE ENERO) POR LOS SIGUIENTES IMPORTES:

BASE IMPONIBLE 0.61 Euros

+16% IVA 0.96 Euros

TOTAL FACTURA 6.97 Euros

NOS HAN REALIZADO UNOS DESCUENTOS POR TRÁFICO EN FACTURA DE 0.60 €.

A LA BASE IMPONIBLE DE LA FACTURA LE SUMAMOS LOS DESCUENTOS POR TRAFICO REALIZADOS.

A LA NUEVA BASE LE PALICAMOS EL 38% DE DESCUENTO Y LE SUMAMOS EL IVA. ESA ES LA CANTIDAD QUE TENDREMOS QUE INGRESAR EN LA CUENTA DE TELEFÓNICA.

NUEVA BASE IMPONIBLE 6.61 Euros

MENOS:38% DESCUENTO 2.51 Euros

TOTAL 4.10 Euros

+16%IVA. 0.66 Euros

TOTAL A INGRESAR A TELEFÓNICA 4.75 Euros

DISPONEMOS DE 10 DIAS HABILES DESDE LA FECHA DE PAGO (DÍA 7 DE CADA MES) PARA LA REALIZAR EL INGRESO EN LA CUENTA NOTIFICADA POR TELEFÓNICA.

***FACTURA DEL ASOCIADO A TELEFÓNICA:***

LA BASE DE ESTA FACTURA SERA EL 38% DESCONTANDO (2.51 Euros) MENOS LOS DESCUENTOS POR TRAFICO EMITIDOS EN LA FACTURA ORIGINAL DE TELEFÓNICA(0.60 Euros)

BASE FACTURA A TELEFÓNICA 6.61 Euros

+ 16% IVA 0.31 Euros

TOTAL FACTURA 2.22 Euros

DE ESTA FORMA NUESTROS SALDOS CONTABLES Y EL IVA QUEDARAN TOTALMENTE COMPENSADOS.

Los anteriores documentos remitidos por la AOTEP a sus asociados han sido impugnados por TESAU, en tanto que serían documentos de parte no aprobados por TESAU. Sobre este particular, y sin perjuicio de que, como se señaló en su momento, ni el hecho de que el origen de los documentos esté en uno de los interesados o un tercero, ni la falta de aprobación por TESAU de los mismos, suponen en modo alguno un motivo de invalidez de los documentos, ha de señalarse que algunos de los documentos recibidos no sólo incluirían el membrete de la AOTEP, sino que, incluso, tienen impreso el fax desde el que se enviaron con la identificación de esta asociación. De este modo, parece difícilmente cuestionable el que los documentos provienen de la AOTEP, con lo que resulta, conforme a las reglas de la sana crítica, cierto su contenido, pues lo contraría resultaría en que una asociación que agrupa cerca de un centenar





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de empresas de telefonía de uso público, entre ellas algunas de las más importantes de España por número de líneas, habría ideado unilateralmente un procedimiento, y que sería en consecuencia aplicado por sus asociados en sus relaciones con TESAU sin que TESAU hubiera hasta el presente, que conste, presentado protesta alguna al respecto.*

*En todo caso, en el procedimiento sancionador iniciado de acuerdo con lo expuesto en este apartado habrá de comprobarse la validez de estos documentos y, en todo caso, la existencia de los descuentos a que aluden.*

*En definitiva, y a la vista de los mencionados documentos y la valoración de los mismos realizadas de acuerdo con los principios de la sana crítica, existen indicios suficientes como para que resulte necesaria la apertura de un procedimiento sancionador por posible incumplimiento de la Resolución de 24 de enero de 2002, en concreto de los siguientes apartados de su Resuelve:*

- **TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA**, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.

*Por otra parte, aporta TESAU un acta notarial (anexo al doc.188) en la que un notario certificaría la existencia de publicidad de TESAU realizada por ciertas empresas de telefonía de uso público. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el acta notarial aportada muestra cómo el notario se persona sólo en los locales previamente seleccionados por TESAU y da fe igualmente de fotografías tomadas al respecto por TESAU. El modo de proceder carece por tanto de objetividad alguna que hubiera podido sin embargo conseguirse fácilmente mediante un procedimiento tan sencillo como, por ejemplo, facilitar al notario el listado completo de los locales que se benefician de descuentos por publicidad para que éste seleccionara un número determinado de ellos y pudiera de este modo certificar la existencia de publicidad más allá de cuatro locales previamente escogidos por TESAU. De este modo, el acta aportada no sólo no acredita la existencia de publicidad en todos los locales a los que en principio habría de extenderse, sino que los locales sobre los que se levanta el acta no han sido siquiera libremente elegidos por el notario o seleccionados mediante cualquier mecanismo aleatorio, sino que han sido previamente facilitados por TESAU. Por ello, y dado que de acuerdo con los principios de la sana crítica no puede en modo alguno considerarse asegurado por el acta notarial aportada que el descuento aportado por TESAU se realice como contraprestación a una publicidad previa de la empresa de telefonía de uso público que lo recibe, resulta igualmente necesario que el procedimiento sancionador anteriormente aludido esclarezca igualmente si existe o no un incumplimiento del siguiente apartado de la Resolución de 24 de enero de 2002 antes citada:*

- **Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*servicio sujeto a precios regulados habrá **de responder a una causa existente, lícita y verdadera.***

*Por último, la propia TESAU viene a reconocer que para poder prestar a TESAU servicios de publicidad remunerados por ésta estaría exigiendo previamente la contratación de su servicio telefónico fijo disponible al público. Así, expone TESAU en sus alegaciones que «esta C.M.T. debe reconocer que existe una clara necesidad para el adecuado desarrollo del contrato –no olvidemos, que el acuerdo se refiere a acciones de publicidad- de mantener cierto volumen de servicio telefónico con mi representada puesto que si no de poco valdrá llenar de pegatinas y anagramas los locutorios o los terminales si luego no se le ofrece la posibilidad al cliente final de utilizar el servicio telefónico de mi representada» (doc.188, pág.55). Lo anterior vuelve a ser mencionado por la propia TESAU en su escrito de alegaciones cuando señala que considera «para del objeto del contrato [de publicidad] que mi representada exija un mínimo nivl de tráfico telefónico con ella» (doc. 188, pág.55) -que, por otra parte, parece que se realizaría además con carácter de exclusividad, esto es, de forma que no sólo se vincularía contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público de TESAU sino que se haría obligatorio para todas las comunicaciones de la empresa de telefonía de uso público-, de este modo, y a raíz de las propias declaraciones de TESAU, existen indicios de que podría existir un incumplimiento del siguiente apartado del mencionado Resuelve de la Resolución de 24 de enero de 2002,:*

- **TELEFÓNICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor».**

*En consecuencia, y a la vista de todo lo expuesto, procede que en esta misma Resolución se acuerde el inicio de procedimiento sancionador a TESAU por posible incumplimiento de la Resolución sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a la operadora VIC TELEHOME, S.A., de 24 de enero de 2002, acordada en el expediente RO 2001/5734.”*

En línea con lo señalado en los Fundamentos de Derecho, en el apartado cuarto de la parte dispositiva de la Resolución de 18 de julio de 2002 se acuerda lo siguiente:

**“Cuarto.- INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES ANTERIORES DE ESTA COMISIÓN POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.AU.**

*Iniciar expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril,*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*General de Telecomunicaciones por el posible incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 24 de enero de 2002 en el expediente RO 2001/5734.*

*La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho relativo al posible incumplimiento de Resoluciones anteriores de esta Comisión de la presente resolución.*

*El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación según lo establecido en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, todo ello, con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 285 de 27 de noviembre de 1992) y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.*

*(...)”*

### **TERCERO.- Escrito de alegaciones de TESAU (Documento 2).**

Con fecha 9 de agosto de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU, en uso del trámite para alegaciones que confiere a los interesados el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

En el escrito presentado, TESAU, en primer lugar, niega “*todos aquellos hechos que no resulten aceptados en este expediente*”. A continuación efectúa las siguientes alegaciones:

- Que la Resolución de 24 de enero de 2002, supuestamente infringida es nula de pleno derecho, al atribuirse en ella la CMT la facultad de interpretar normas jurídicas

A este respecto, expone TESAU que la CMT “*no puede interpretar la normativa para generar una artificiosa obligación de hacer o no hacer, que no pasa de ser una mera descripción de una de las múltiples modalidades comisivas que en la práctica puede darse y encajar dentro del tipo referido a la infracción de precios*”. Ello, porque de diversos preceptos del ordenamiento jurídico resulta –según



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU- que la interpretación normativa está reservada a los Órganos Jurisdiccionales.

- Que la Resolución de 24 de enero de 2002, supuestamente infringida, es nula de pleno de derecho por realizar una interpretación extensiva en materia sancionadora.

TESAU expone que la Resolución de 24 de enero de 2002 *“al generar una modalidad de ilícito con la configuración de una supuesta obligación de no hacer, cuyo incumplimiento será reprochable, está haciendo una interpretación extensiva de la normativa sancionadora lo que se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico”*.

- Que, por medio de la Resolución de 24 de enero de 2002, partiendo de las modalidades comisivas de las infracciones en materia de precios, la CMT *“genera una obligación artificiosa, genérica e indeterminada, irrogándose de competencia sancionadora sobre infracciones de precios”*.
- Que la Resolución de 24 de enero de 2002 es nula de pleno de derecho por ser un acto de contenido imposible, y ello porque *“tiene un claro contenido indeterminado ya no sólo por la amplitud e imprecisión y falta de rigor de las palabras empleadas en el resuelve precitado sino porque no se traduce en una concreta y exacta delimitación de la obligación de no hacer”*.
- Que la Resolución de 24 de enero de 2002 es nula de pleno de derecho por ser discriminatoria. TESAU considera que concurre discriminación *“puesto que si un tercero realizase una conducta igual que la analizada en aquel expediente esa CMT no podría sancionarle por incumplimiento de la misma pues el destinatario de ella fue sólo Telefónica”*.
- Que concurre desviación de poder. TESAU expone que cuando se inicia el expediente OM 2001/5789 todavía no existía la Resolución de 24 de enero de 2002 supuestamente infringida.
- Que el expediente OM 2001/5789 es nulo de pleno derecho por realizar una valoración extensiva y analógica en materia sancionadora. TESAU manifiesta que *“A lo largo de este expediente en repetidas ocasiones se habla de conductas similares o conductas semejantes. No podemos aceptar estos razonamientos en materia sancionadora en el que la valoración de los hechos se realiza “por comparación”, “de forma similar o semejante”*.
- Que el expediente OM 2001/5789 es un nulo de pleno derecho al tratarse de un procedimiento sancionador encubierto y que en él se llega a la conclusión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de que el ilícito se ha cometido *"acordando ficticiamente la incoación de procedimiento sancionador al efecto"*. En esta línea, TESAU también manifiesta que *"no acertamos a comprender que la CMT tenga a la fecha alguna duda" sobre el incumplimiento que se nos imputa* y que *"con toda probabilidad esa CMT nos sancionará porque ya ha prejuzgado la ilicitud de la conducta"*. Señala también que si bien *"la resolución en repetidas ocasiones cita, de forma ficticia, la necesidad de probar todo ello en el expediente sancionador"*, *"Veremos en qué términos se desarrolla esta actividad probatoria de la CMT"*.

- Que el expediente OM 2001/5789 es nulo de pleno derecho al implicar la revisión de un acto administrativo sin los requisitos y límites establecidos en la Ley 30/1992, ya que –según TESAU- en el expediente 2001/2251 (recurso extraordinario de revisión interpuesto por Intertrace) se concluyó, acerca de parte de la documentación ahora utilizada, que la misma no producía eficacia probatoria sobre los hechos denunciados.
- Que el expediente OM 2001/5789 es nulo de pleno derecho al habersele causado a TESAU indefensión por la confidencialidad dispensada a la mayor parte de los documentos obrantes en el expediente.
- Que en la Resolución de 18 de julio de 2002 la CMT realiza una interpretación interesada de del acta notarial aportada por TESAU y que *"desde este momento requerimos, que de acuerdo con sus propios razonamientos al afirmar que TESAU no ha demostrado la realización de publicidad en todos los locales a los que en principio habría que extenderse, para que esa CMT pruebe a lo largo de este expediente sancionador que TESAU no ha realizado la publicidad en todos y cada uno de los locales"*.
- Que para demostrar la comisión de la infracción que revelarían los documentos que llevan el membrete de la AOTEP, la CMT *"no sólo deberá probar la existencia del documento sino la realidad o materialización del contenido del mismo, extremo que negamos, desde este momento, como siempre hemos hecho, y que demostraremos a lo largo del expediente"*.
- Que, habiéndose recurrido ante los Tribunales la Resolución de 24 de enero de 2002, *"es incongruente incoar expediente sancionador por un supuesto incumplimiento de la resolución de 24 de enero de 2002 cuando la misma pudiera ser declarada nula de pleno derecho por sentencia judicial"*.

Hechas estas alegaciones TESAU propone prueba:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

***“Primera.- Documental** consistente en las alegaciones realizadas el 14 de Junio de 2002 en el Expediente OM 2001/5789, que aportamos como documento nº 1.*

***Segunda .- Más documental** consistente en los documentos aportados con el Escrito de alegaciones referido en el apartado anterior, que aportamos como documento nº2.*

***Tercera.- Más documental** consistente en que se aporte testimonio del acta Notarial aportada por mi representada en el Expediente 2001/5789.*

***Cuarta.- Más documental** consistente en que se aporte testimonio de los documentos a los que se refiere esa CMT en las páginas 49 a 53 de la resolución del expediente 2001/5789 y que identifica como documento nº61. Mantenemos la impugnación de estos documentos.”*

### **CUARTO.- Acuerdo de cambio de Instructor (Documento 3).**

Con fecha 10 de octubre de 2002 se acordó cambio de Instructor en el expediente sancionador de referencia. El Acuerdo del Consejo fue notificado a TESAU en fecha 18 de octubre (Documento 6).

### **QUINTO.- Incorporación de ciertos documentos.**

Por escrito de fecha 28 de octubre de 2002 (Documento 7), el Instructor del procedimiento solicitó al Director de Ofertas en el Mercado de la CMT la incorporación de ciertos documentos que obraban en el expediente OM 2002/5789.

Por escrito de 29 de octubre de 2002 (Documento 9), el Director de Ofertas en el Mercado remitió copia de los documentos solicitados. Entre ellos, figuran los siguientes:

- **Escrito de ESCOITÓFONO, S.L.** (en adelante, ESCOITÓFONO), con entrada en el Registro de la CMT el 22 de febrero de 2002, en el que se manifiesta lo siguiente (Documento 9.A):

*“Le envío la documentación recogida el día 13 de febrero del 2002 en la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público (A.O.T.E.P.) y también comunicarles, las ofertas de Telefónica de España, S.A.*

*Telefónica nos aplicará un **descuento de un 38%** en el total de la factura mensual. En esta factura mensual le ingresaríamos en la cuenta bancaria el 62% del importe total y nos enviarían una nota de abono en concepto de Marketing de la diferencia, acogiéndose a que nosotros colocaríamos una pegatina en los teléfonos de monedas, donde aparecería el logotipo de Telefónica de España, S.A.”*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al escrito de ESCOITÓFONO se acompañan, entre otros documentos, los siguientes:

- Unas “*Condiciones generales del acuerdo*”, en donde se expresa lo siguiente:

*“Condiciones Actuales:*

*Aceptando pago aval*

*Aceptando límite de crédito*

*Descuento de un 38% sobre facturación bruta (sobre todos los conceptos excepto equipos, sin incluir descuentos efectuados en factura) más un posible 2% (según crecimiento).”*

- Un “*Modelo de liquidación*”, que es el descrito en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 18 de julio de 2002 (Antecedente de Hecho segundo de esta Propuesta). En este documento se hace referencia, de nuevo, al descuento del 38%.
- **Escrito de ESCOITÓFONO** (*Documento 9.B*), presentado en el Registro de esta Comisión en fecha 11 de marzo de 2002, en el que se manifiesta:

*“El motivo de este escrito es para manifestarle los datos solicitados por Ustedes según el asunto de referencia: OM 2001/5789:*

- 1. La fecha de inicio de actividad, en la actividad de Telefonía de Uso Público de Escoitófono S.L. es desde el mes de Mayo de 1.997.*
- 2. El aporte de copia de todos y cada uno de los contratos y acuerdos, promociones u ofertas aplicadas por Telefónica España S.A se encuentran encubiertos, ya que, están firmados entre la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público (AOTEP) y Telefónica España. Es por ello que no podemos tener copia, pero si puedo aportar borradores que se encuentran en mi poder. Envío copia del contrato de Plana Pymes.*
- 3. **Se nos obliga a cursar el 100% del tráfico a través de Telefónica de España, aunque en el contrato apareciese el 95% y bajo pena de no pagarnos los descuentos por publicidad.***

*En la reunión extraordinaria que se celebró en Madrid con Telefónica España, a través de la Asociación (AOTEP) se nos ofreció un nuevo contrato. En uno de los puntos de este contrato se ofrecía el **38% de descuento** y se descontaba directamente antes de hacer el ingreso a Telefónica. (Aporto documentación entregada en la reunión).  
(...)”*

Entre la documentación que se adjunta al escrito figura la siguiente:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Un documento titulado “Acuerdo de colaboración entre \_\_\_\_\_ y Telefónica de España, S.A.”, de fecha 10 de diciembre de 1997, en el que consta lo siguiente:
  - 1. Que TELEFONICA presta diversos servicios de telecomunicaciones y vende determinados equipos (terminales, elementos, etc.) relacionados con dichos servicios.
  - 2. Que \_\_\_\_\_ es proveedora de servicios de telefonía de uso público.
  - (...)
  - 6. Que \_\_\_\_\_ es miembro de AOTEP, para los que rigen las siguientes

### ESTIPULACIONES

- I. \_\_\_\_\_ se compromete a contratar y mantener sus líneas con TELEFONICA.

(...)

V. TELEFONICA incluirá cuando lo autorice la Administración a \_\_\_\_\_ en el Programa Megavip Cliente, mediante el cual se beneficiará de un descuento del 25% en su tráfico interprovincial sobre los precios oficiales vigentes (en el momento actual), siempre que su gasto mensual en este concepto supere las 300.000. En el Anexo III se incluyen las condiciones de dicho descuento.

De este porcentaje un ---% lo abonará Telefónica de España S.A. directamente a AOTEP a final de cada año natural, dadas las características, esfuerzos y negociaciones que esta última ha desplegado para la consecución del presente Acuerdo de Colaboración.

(...)

VIII. \_\_\_\_\_ cursará todas las llamadas de larga distancia por TELEFONICA, mediante el mecanismo de preasignación directa, cuando se pueda seleccionar el operador.

IX. TELEFONICA abonará a \_\_\_\_\_ una cantidad por publicidad cuya cuantía se fija en base al histórico de servicio medido medio mensual del Grupo en los últimos doce meses, según la tabla siguiente:

Desde	Hasta	Remuneración
5.000	6.000	1.000 Pts/año
6.000	7.000	2.400 Pts/año
7.000	8.000	3.900 Pts/año
8.000	10.000	5.300 Pts/año
10.000		6.700 Pts/año

(...)

XI. TELEFONICA proporcionará a \_\_\_\_\_ optativamente sus terminales telefónicos TRMA. El precio unitario en este momento es de ----- Pts, aplicándose la siguiente tabla de descuentos:

Unidades de Pedido/año	Descuento
------------------------	-----------



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Hasta 100	15%
De 101 a 500	25%
De 501 a 1.000	30%
+1.000	35%

(...)

Asimismo TELEFONICA proporcionará a \_\_\_\_\_ sus actuales terminales telefónicos TRMA VIA al precio unitario de ----- pesetas sin IVA.

Ahora bien, dada la asociación de \_\_\_\_\_ con AOTEP, cualquier equipo TRMA VIA que compre a TELEFONICA tendrá un descuento del 20%. Este descuento desaparecerá cuando cese la relación de asociado con AOTEP, pasando en este caso a tener los descuentos habituales de Telefónica.

(...)

AOTEP suministrará a TELEFONICA los datos necesarios para poder llevar el control de sus asociados.”

- Un “Acuerdo entre A.O.T.E.P. y TELEFONICA” de 2 de enero de 1999, firmado por [CONFIDENCIAL], de parte de A.O.T.E.P., y [CONFIDENCIAL], de parte de TELEFONICA. En dicho Acuerdo figura:

“(...)

PACTOS

(...)

Tercero.- Telefónica y A.O.T.E.P. acuerdan emprender acciones continuas de Marketing, Publicidad y Promoción. La iniciativa de realizar alguna de estas acciones podrá partir de cualquiera de las dos entidades y su concreta realización estará supeditada a un acuerdo entre las mismas.

(...)

Telefónica retribuirá a A.O.T.E.P. por la publicidad institucional que realice de servicios o productos de Telefónica.

(...)

Cuarto.- Las condiciones recogidas en este Acuerdo han sido calculadas partiendo de la base de que todas las entidades asociadas a A.O.T.E.P. cursan, al menos, el 95% del tráfico telefónico a través de la red de Telefónica de España.

(...)”

- **Documento remitido por ESCITÓFONO por medio de fax**, con entrada en Registro en fecha 13 de marzo de 2002, en el que, bajo el membrete de AOTEP, se contiene una nota informativa 06/02 sobre ejemplo práctico de autoliquidación, con aplicación de un descuento de un 38% (*Documento 9.C*). Esta nota se encuentra transcrita en los Fundamentos de Derecho de la Resolución 18 de julio de 2002 (Antecedente de Hecho segundo de esta Propuesta).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Documento remitido por ESCOITÓFONO por medio de fax**, con entrada en Registro en fecha 12 de marzo de 2002, en el que, bajo el membrete de AOTEP, se contiene una nota informativa de 05/02 sobre procedimiento asociados AOTEP a partir de 7-marzo-02, sobre aplicación de un 38% de descuento (*Documento 9.D*). Esta nota se encuentra transcrita en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 18 de julio de 2002 (Antecedente de Hecho segundo de esta Propuesta).
- **Documento remitido por ESCOITÓFONO por medio de fax**, con fecha de entrada en Registro el 17 de abril de 2002, en el que, bajo el membrete de la AOTEP, se presenta el siguiente contenido (*Documento 9.E*):

“

Febrero 2002  
NOTA INFORMATIVA 06/02

*Tras la reunión mantenida esta misma mañana entre miembros de la Junta Directiva de esta Asociación y la Gerencia de TELEFONICA (contenido de cuyo Acta se adjunta), os indicamos ahora la forma de proceder que debemos seguir:*

*Todos los Asociados de AOTEP que deseen trabajar con TELEFONICA deberán firmar el contrato que les ha hecho llegar TELEFONICA y enviarlo antes del 28 de Febrero (a TELEFONICA). No se entregarán los avales (se está negociando el planning de presentación de los mismos y buscando todas las alternativas posibles). Se os irá informando de cuándo y cómo deberemos presentarlos.*

*Todas las modificaciones que se realicen al contrato actual (recogidas en el Acta de la reunión) se adjuntarán como anexos inseparables al actual contrato.*

*En relación al límite de crédito TELEFONICA nos informa que para su cálculo se ha estimado un 50% del consumo mensual de cada empresa. El límite de crédito se rebasará cuando nuestra facturación supere esta cifra más el **porcentaje de descuento que nos aplicaremos (38%)** por lo que estamos hablando de un límite cercano al 90% de nuestra facturación mensual.*

### ACTA REUNION AOTEP – TELEFÓNICA

*Fecha: 22/Febrero/01 – 09:00 h. / Lugar: TELEFÓNICA – Pº Recoletos , 37-41*

*Asistentes: D. [CONFIDENCIAL] (Gerente TUP) – TELEFÓNICA*

*D. [CONFIDENCIAL] (Vicepresidente) – AOTEP*

*D. [CONFIDENCIAL] (Secretario) - AOTEP*

*Asunto: Negociación contrato suministro 2002*

1. *Modificación Cláusula 1ª (OBJETO): En su último párrafo, se sustituye la cifra de 20% por la de 40% (relativa al crecimiento de la empresa en un año).*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. *Modificación Cláusula 2ª (DURACIÓN DEL CONTRATO): Se establece un preaviso de 120 días (4 meses) para la notificación de finalización de contrato (de no existir este preaviso por parte de alguna de las partes, el contrato se considera prorrogado en iguales condiciones por un período de 1 año).*
  3. *Propuesta por parte de la AOTEP de entidades y alternativas para la constitución de avales.*
  4. *Modificación Cláusula 10ª (CONDICIONES DE PAGO): Se fija un plazo de 5 días hábiles desde la notificación por parte de TELEFÓNICA.*
  5. *Planning de constitución de avales: En estudio, AOTEP presentará una propuesta a TELEFÓNICA.*
  6. *Cierre y liquidación por parte de TELEFÓNICA del acuerdo anterior. A efectos de liquidación el año 2001 constará de 14 de meses (se incluye Enero y Febrero del 2002). En estos 2 meses serán de aplicación las condiciones del anterior acuerdo. El nuevo contrato tendrá vigor fecha 1 de Marzo (con la factura que TELEFÓNICA nos presentará en Marzo)."*
- **Escrito presentado por Plastic Cards Systems, S.L.** (en adelante, PLASTIC CARDS) en fecha 25 de abril de 2002 (*Documento 9.F*). En él se contienen ciertas manifestaciones que se transcriben en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 18 de julio de 2002 (Antecedente de Hecho Segundo de esta Propuesta). A este escrito de PLASTIC CARDS se adjuntan ciertos documentos; entre ellos los siguientes:
    - *"Acuerdo de colaboración entre PLASTIC CARDS SYSTEMS SL Y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.", firmado el 11 de enero de 1998 por [CONFIDENCIAL], de parte de PLASTIC CARDS, y por [CONFIDENCIAL], en representación de TESAU. En este Acuerdo se expresa lo siguiente:*

*"(...)*

### ESTIPULACIONES

*(...)*

*V. TELEFONICA incluirá cuando lo autorice la Administración a PLASTIC C.S. en el Programa Megavip Cliente, mediante el cual se beneficiará de un descuento del 25% en su tráfico interprovincial sobre los precios oficiales vigentes (en el momento actual), siempre que su gasto mensual en este concepto supere las 300.000. En el Anexo III se incluyen las condiciones de dicho descuento.*

*De este porcentaje un 10 % lo abonará Telefónica de España S.A. directamente a AOTEP a final de cada año natural, dadas las características, esfuerzos y negociaciones que esta última ha desplegado para la consecución del presente Acuerdo de Colaboración.*

*(...)*

*VIII. PLASTIC C.S. cursará todas las llamadas de larga distancia por TELEFONICA, mediante el mecanismo de preasignación directa, cuando se pueda seleccionar el operador.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IX. TELEFONICA abonará a PLASTIC C.S. una cantidad por publicidad cuya cuantía se fija en base al histórico de servicio medido medio mensual del Grupo en los últimos doce meses, según la tabla siguiente:

Desde	Hasta	Remuneración
5.000	6.000	1.000 Pts/año
6.000	7.000	2.400 Pts/año
7.000	8.000	3.900 Pts/año
8.000	10.000	5.300 Pts/año
10.000		6.700 Pts/año

(...)

XI. TELEFONICA proporcionará a PLASTIC C.S. optativamente sus terminales telefónicos TRMA. El precio unitario en este momento es de ----- Pts, aplicándose la siguiente tabla de descuentos:

Unidades de Pedido/año	Descuento
Hasta 100	15%
De 101 a 500	25%
De 501 a 1.000	30%
+1.000	35%

(...)

Asimismo TELEFONICA proporcionará a PLASTIC C.S. sus actuales terminales telefónicos TRMA VIA al precio unitario de ----pesetas sin IVA.

Ahora bien, dada la asociación de PLASTIC CARDS con AOTEP, cualquier equipo TRMA VIA que compre a TELEFONICA tendrá un descuento del 20%. Este descuento desaparecerá cuando cese la relación de asociado con AOTEP, pasando en este caso a tener los descuentos habituales de Telefónica.

(...)

AOTEP suministrará a TELEFONICA los datos necesarios para poder llevar el control de sus asociados.”

- Diversas facturas de reintegro emitidas por TESAU a favor de PLASTIC CARDS, en el concepto de “Aplicación Acuerdo Corporativo”.
- Justificante emitido por el ----- de 12 de abril de 2002 en el que una consta hecha una transferencia por TESAU en favor de PLASTIC CARDS (por el concepto “Transferencia Acuerdo Menos Factura N”) por importe de ----- euros.
- Diversos comunicados enviados por AOTEP (firmados por Nieves Hernán – Gerente- y Caridad Gómez –Administración-) a PLASTIC CARDS en los que le avisa de las liquidaciones a favor de PLASTIC CARDS que TESAU ha comunicado a la Asociación. Los conceptos aparecen identificados con





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ciertas claves que PLASTIC CRDS identifica en el escrito de 25 de abril de 2002: “V10 compensación hasta el 10% del programa Masterbono Proveedores, M5 descuento del 5% sobre facturación de fijo a móvil, P13 bonificación por publicidad, L12 bonificación total de la línea”.

- Comunicación de la AOTEP de fecha 1 de agosto de 2001, firmado por Caridad Gómez –Administración-, sobre cómo ha de procederse por los asociados al recibir un requerimiento de la CMT. Se acompañan otros documentos relativos a esta misma cuestión, que no aparecen con firma ni membrete alguno.
- **Escrito presentado por TESAU** en fecha 18 junio de 2002, haciendo uso del trámite de audiencia en el procedimiento OM 2001/5789 (*Documento 9.J*). En las páginas 38 y 39 del escrito presentado se expresa lo siguiente:

*“(...) En efecto, en el Informe elaborado por los Servicios de esa C.M.T. se considera demostrado el incumplimiento, por mi representada, de este apartado de la resolución de la C.M.T. de 24 de Enero de 2002, en base a un escrito, aportado por la entidad Escoitófono y dirigido, al parecer, por AOTEP a sus asociados, en el que esta Asociación indica a dichos asociados el procedimiento que deben seguir cuando realicen la factura de TESAU. Nada más lejos de la realidad, en efecto, debemos indicar que el mencionado escrito es un documento de parte, elaborado presuntamente por AOTEP, que TESAU en modo alguno reconoce. En efecto, dicho documento no recoge ni los planes de descuento a los que se pudo haber adscrito la Asociación con sus asociados, ni la existencia de otros acuerdos, en virtud de los cuales TESAU pudiera abonar alguna cantidad a la AOTEP, como contraprestación por servicios prestados por ésta.*

*En efecto, los únicos descuentos que TESAU ha aplicado a entidades dedicadas a la telefonía de uso público han sido los recogidos en los programas aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, vigentes en cada caso.*

*Adicionalmente, por lo que se refiere a AOTEP, y debido a la importancia que esta Asociación tiene en el ámbito de la telefonía de uso público, y los efectos que el despliegue de publicidad en los locutorios y teléfonos que sus asociados tienen desplegados, supondría para TESAU, ambas entidades suscribieron, con fecha 1 de Marzo de 2001, un Acuerdo de acciones de marketing y publicidad, que fue aportado a esa C.M.T. Dicho Acuerdo, como se refleja en su cláusula primera, tiene por objeto la realización de acciones de marketing y publicidad de productos y servicios de TESAU tanto a los terminales de uso público a cuya explotación se dediquen, como a exposiciones u otro tipo de acontecimientos en los que se debata o expongan aspectos relacionados con la telefonía de uso público.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*En el contexto de este Acuerdo, TESAU ha abonado, las cantidades establecidas en el mismo, y ello en cumplimiento del plan de medios diseñado entre ellas, cantidades que, en modo alguno, pueden considerarse como descuentos, sino como algo tan simple y claro como la contraprestación que una parte realiza a favor de otra como consecuencia del Contrato Civil suscrito entre ambas, al que es aplicable las normas generales que rigen la contratación. Se adjunta copia del Acuerdo como **Documento nº 6**.  
(...)"*

Este Documento nº6 contiene un "Acuerdo entre Telefónica de España y AOTEP Acciones de Marketing y Publicidad" firmado por [CONFIDENCIAL], como Presidente de AOTEP, y [CONFIDENCIAL], como director de Área de Gran Empresa de TESAU, que tiene fecha 1 de marzo de 2001. En este Acuerdo se expresa:

*"(...)*

*Que AOTEP está interesado en contratar a TELEFONICA DE ESPAÑA un volumen importante de líneas que va a destinar a la explotación del servicio de telefonía de uso público en locales, en los que es posible efectuar acciones de marketing y publicidad de productos y servicios de TELEFONICA DE ESPAÑA.  
(...)"*

En el Anexo "Plan de Medios" a este Acuerdo, firmado por las mismas personas que el Acuerdo, se establece lo siguiente:

*"1.- AOTEP se obliga a mantener visible la marca de TELEFÓNICA DE ESPAÑA en los terminales, renunciando, durante la vigencia del presente acuerdo, a actuar como "marca blanda".*

*El impacto visual de la marca se valora en 1,25 pesetas por minuto de comunicación, con independencia del ámbito (metropolitano, provincial, nacional o internacional) de las llamadas.*

*Se estima un montante de 90 millones de minutos para 2001, con lo que la presente acción se valora en 112.500.000.-pesetas.  
(...)"*

- **Escrito presentado por PLASTIC CARDS** en fecha 26 de junio de 2002 (Documento 9.K), en el que se manifiesta lo siguiente:

*"Aprovechamos para poner en su conocimiento que tras la recepción del informe del expediente de referencia por parte de los miembros de AOTEP, TESAU les ha comunicado que no se preocupen que haga lo que haga la CMT (si hace algo) van*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a **seguir percibiendo los descuentos pactados** (ilícitos según el informe de la CMT) de una u otra forma.”

### **SEXTO.- Requerimiento efectuado a TESAU.**

Con fecha 29 de octubre de 2002, el Instructor del procedimiento requirió a TESAU para que le remitiera la siguiente información (*Documento 8*):

- *Denominación y domicilio de las empresas de telefonía de uso público que prestan a TESAU una actividad de publicidad o marketing.*
- *Indicación de las líneas telefónicas de uso público que tales empresas tengan contratadas con TESAU (identificando, para cada una de las empresas, los números de teléfono correspondientes a cada una de las líneas que tengan contratadas), e indicación de la ubicación que tiene cada una de tales líneas (identificándola con su dirección).*

Con fecha 18 de noviembre de 2002 tuvo entrada en la CMT escrito de TESAU en relación con el requerimiento efectuado (*Documento 11*). En este escrito TESAU, que no aporta la información solicitada, manifiesta lo siguiente:

*“Primera.- El Art. 16.2 del Reglamento precitado indica que el Instructor del Procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.*

*Segunda.- Para evacuar el trámite conferido mi representada se remite a cuantos documentos obran en el expediente OM 2001/5789 por cuanto dentro de los múltiples requerimientos de información habidos en el seno del mismo ya se nos preguntó y pidió la documentación referida, la cual fue aportada por Telefónica en los términos obrantes en el mismo. A ello debe añadirse que otros interesados personados en aquel expediente también aportaron documentos al mismo. En cuanto a los datos referidos a tales documentos también nos remitimos a cuanta información fue facilitada en aquel expediente administrativo.*

*Recuérdese que el Art. 35.f) de la L 30/92 reconoce el derecho a los administrados de no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.”*

### **SÉPTIMO.- Vista de TESAU del expediente (*Documento 10*).**

Con fecha 4 de noviembre de 2002, TESAU tomó vista del expediente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### OCTAVO.- Requerimiento efectuado a TESAU (*Documento 12*).

Con fecha 26 de noviembre de 2002 el Instructor del procedimiento requirió a TESAU la siguiente información:

*“Para la determinación y conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento, se necesita conocer lo siguiente:*

- **Primero.-** Si el Acuerdo entre TESAU y la AOTEP sobre “Acciones de marketing y publicidad” de fecha 1 de marzo de 2001 sigue estando vigente, y si siguen estando vigentes las cantidades que figuran en el Anexo “Plan de medios”. Se les da traslado de una copia de dicho Acuerdo y Anexo (Anexo I al presente escrito).

*Si no estuviera vigente cualquiera de ellos (Acuerdo o Anexo), apórtense los que hubieran estado vigentes desde febrero de 2002 hasta la fecha.*

- **Segundo.-** Apórtense, correspondientes al período que va desde febrero de 2002 hasta la fecha, las facturas emitidas con cargo a TESAU por las empresas asociadas a la AOTEP en concepto de marketing y publicidad, y los justificantes bancarios de los ingresos realizados por TESAU correspondientes a tales facturas.
- **Tercero.-** Indíquese si conforme a lo previsto en la cláusula 3.4 del Acuerdo entre TESAU y la AOTEP de 1 de marzo de 2001 sobre “Acciones de marketing y publicidad” (o, en su caso, conforme a una cláusula equivalente del contrato que, en materia de publicidad, hubiera estado o esté vigente entre TESAU y la AOTEP) ha tenido lugar alguna notificación de TESAU a la AOTEP sobre el incumplimiento grave de los compromisos de marketing y publicidad asumidos por esta última.

*Si esta circunstancia hubiera tenido lugar, apórtese justificación de la misma, con copia del escrito remitido y –en su caso- de su acuse de recibo.*

*Siendo, asimismo, necesario para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento, han de determinarse ciertas circunstancias relativas al acta notarial de 14 de junio de 2002 aportada por TESAU junto con su escrito de fecha 18 de junio de 2002, recibido en el Registro de esta Comisión el día 19 de junio. Se trata, en concreto, de lo siguiente:*

- **Cuarto.-** Identificación de la empresa de telefonía de uso público, asociada a la AOTEP, a la que corresponden los terminales que se encuentran instalados en los tres restaurantes VIP’s de Madrid a que se refiere la mencionada acta: a) López de Hoyos esquina Arturo Soria, b) Julián Romea (Parque de las Naciones), y c) Princesa, 5.

*Apórtese justificación de dicha circunstancia con la solicitud de la correspondiente línea por parte de la empresa de telefonía de uso público.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Quinto.-** *Justificación (aportando, al efecto, la correspondiente solicitud de línea) de que la empresa Sistelcom, a la que se alude en el escrito de TESAU de 18 de junio de 2002, es la titular de las líneas del locutorio sito en la calle ----- – local, a que se refiere también la mencionada acta notarial.*

*Se acompaña copia del escrito de TESAU de 18 de junio de 2002, al que se adjunta el acta notarial referida (Anexo II al presente escrito)."*

Del presente requerimiento no se ha recibido contestación de TESAU.

En el escrito de requerimiento se daba, asimismo, traslado a TESAU de ciertos documentos, para su conocimiento y efectos oportunos. Se trataba de una copia escaneada de un artículo publicado en el periódico "Cinco días" sobre la AOTEP y ciertas impresiones de la página web de la AOTEP.

### **NOVENO.- Acuerdo de apertura de período de prueba (Documento 13).**

Por escrito de fecha 29 de noviembre de 2002, se acordó la apertura de un período de prueba para la práctica de las siguientes pruebas:

#### *"1ª TESTIFICAL:*

*Consistente en que se tome declaración a las siguientes personas:*

- *Representante legal de la empresa PLASTIC CARDS SYSTEMS, S.L.*
- *Representante legal de la empresa ESCOITÓFONO, S.L.*
- *Representante legal de TESAU para las cuestiones de telefonía de uso público.*
- *Representante legal de AOTEP.*

*La declaración versará sobre los hechos a que se refieren las páginas 49 a 53 de la Resolución de 18 de julio de 2002 correspondiente al expediente OM 2001/ 5789, a que alude TESAU en el apartado cuarto de su propuesta de prueba.*

#### *2ª DOCUMENTAL:*

*Consistente en que los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología realicen labor de inspección acerca de las siguientes cuestiones:*

- 1.º La publicidad a favor de Telefónica que se realice en los terminales de uso público de las empresas de telefonía de uso público asociadas a*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*la AOTEP, o en los locales comerciales abiertos al público en los que esos terminales se encuentran instalados.*

*2.ª Las facturas que, por el concepto de la publicidad prestada, han emitido con cargo a TESAU las mencionadas empresas asociadas a la AOTEP; las facturas cuyo abono ha tenido que afrontarse por parte de tales empresas por razón del tráfico telefónico cursado con TESAU a través de los terminales de uso público; así como los justificantes de los ingresos bancarios correspondientes a tales facturas.”*

Este escrito fue notificado a TESAU el día 2 de diciembre.

### **DÉCIMO.- Solicitud de intervención de los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones (Documento 14).**

Con fecha 29 de noviembre de 2002 se acordó solicitar la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología la práctica de una inspección relativa a las siguientes cuestiones:

*“1.ª La publicidad a favor de Telefónica que se realice en los propios terminales de uso público de las empresas de telefonía de uso público asociadas a la AOTEP, o en los locales comerciales abiertos al público en los que esos terminales se encuentran instalados.*

*2.ª Asimismo, para el conocimiento de los hechos objeto de denuncia, se necesita conocer tanto las facturas que, por el concepto de la publicidad prestada, han emitido con cargo a TESAU las mencionadas empresas asociadas a la AOTEP, como las facturas cuyo abono ha tenido que afrontarse por parte de tales empresas por razón del tráfico telefónico cursado con TESAU a través de los terminales de uso público; así como los justificantes de los ingresos bancarios correspondientes a las mismas.”*

Esta inspección, según consta en la solicitud dirigida al Ministerio de Ciencia y Tecnología, habría de desarrollarse en los siguientes términos:

#### **“Cuestión 1.ª :**

*La inspección se realizará personándose en las direcciones que se relacionan en el Anexo I a este escrito (correspondientes a locales comerciales abiertos al público), al objeto de examinar el terminal de uso público que existe en los mismos y comprobar los siguientes aspectos:*

*a) La empresa de telefonía de uso público que se identifica en el terminal o junto al terminal. Habrá de indicarse, asimismo, si, adicionalmente a la*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*identificación de la empresa, se identifica a la AOTEP como asociación a que la empresa pertenece.*

- b) *Si, ya en el propio terminal de uso público, ya en algún otro lugar del establecimiento abierto al público en que este terminal se encuentra (así, p.e., en la puerta o las cristaleras del establecimiento), figura publicidad de Telefónica (incluida la presencia de pegatinas alusivas al teléfono de uso público con los colores corporativos de Telefónica: verde y azul). Habrá de indicarse, si existiera la publicidad, en qué consiste la misma.*

### **Cuestión 2.<sup>a</sup> :**

*La inspección se realizará recabando de las empresas que se identifican en el Anexo II a este escrito copia de los siguientes documentos:*

- a) *Las facturas que cada una de estas empresas hayan emitido con cargo a Telefónica por el concepto de actividad publicitaria, o por cualquier otro concepto. Estas facturas serán las correspondientes al período que va desde febrero de 2002 hasta la fecha en que tenga lugar la inspección.*
- b) *Las facturas que Telefónica haya emitido a cargo de estas empresas por el concepto del consumo telefónico efectuado desde los terminales de uso público de estas empresas. Estas facturas serán las correspondientes al período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.*
- c) *Los justificantes bancarios de los ingresos realizados por estas empresas a favor de Telefónica en el período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.*
- d) *La justificación bancaria de los abonos realizados por Telefónica a favor de las mencionadas empresas en el período que va desde febrero de 2002 hasta la presente fecha.”*

El Anexo I contenía la relación de direcciones correspondientes a los terminales de uso público objeto de inspección, el Anexo II la relación de empresas de telefonía de uso público objeto de la inspección en materia de facturas y justificantes bancarios.

Con relación a los mencionados Anexos I y II, la solicitud de inspección señala:  
*“Asimismo, a los efectos de vista del expediente sancionador de referencia por parte del imputado, los Anexos al presente escrito se califican como confidenciales hasta tanto tenga lugar la realización de la inspección.”*

Se dio traslado de una copia de este escrito a TESAÚ en fecha 3 de diciembre (Documento 15).

### **UNDÉCIMO.- Notificación para la práctica de la prueba testifical.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante sendos escritos de fecha 3 de diciembre de 2002 (*Documentos 16 a 20*) se notificó a TESAU y a los declarantes el día y hora previsto para la práctica de la prueba testifical.

### **DUODÉCIMO.- Escrito de Caramel & Press, S.L.**

Con fecha 5 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de la CMT burofax enviado por Caramel & Press, S.L. a TESAU (*Documento 21*), en el que manifiesta:

*“Tras recibir comunicado de la C.M.T. sobre la resolución O.M. 2002/6634, solicito el 38% de descuento que se le aplica en factura a los miembros de la A.O.T.E.P. y World Franquicias a todas las facturas emitidas y por emitir que Caramel & Press devenga o halla sido pagadas a Telefónica España S.A.U.*

*Según se acuerda en resolución O.M. 2002/6634 en el apartado tercero, impide cualquier tipo de discriminación y tengo que recordarle que siendo miembro de la A.O.T.E.P. se me ofreció tanto por escrito como verbalmente dicho descuento si nos acogíamos al contrato de servicio para teléfonos de uso público, el cual, no fue firmado por la empresa que yo represento por encontrar abusivo, como manifiesta el apartado segundo de O.M. 2002/6634.”*

### **DECIMOTERCERO.- Vista de TESAU del expediente (*Documento 22*).**

Con fecha 10 de diciembre de 2002, TESAU tomó vista del expediente, de la que quedaron excluidos los Anexos I y II al escrito de solicitud de intervención de los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones.

### **DECIMOCUARTO.- Interposición del recurso de alzada (*Documento 23*).**

Con fecha 11 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU por el que interpone recurso de alzada contra el acuerdo de apertura del período de prueba, alegando que *“Tanto la declaración de confidencialidad como la imposibilidad de tomar vista completa del expediente causan a mi representada indefensión al impedirnos participar en la prueba de cargo que se está practicando por esa CMT”*.

### **DECIMOQUINTO.- Escrito dirigido a TESAU sobre la práctica de la prueba documental (*Documento 24*).**

Con fecha 11 de diciembre se notificó a TESAU escrito en el que, con relación a la práctica de la prueba documental, se expone lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Con fecha 10 de diciembre de 2002, TESAU ha tomado vista del expediente, de la que se han excluido los Anexos al escrito de 29 de noviembre, por el que se solicita la inspección, Anexos que han sido calificados como confidenciales.*

*No obstante lo anterior, se le significa que la declaración de confidencialidad está realizada –al objeto de no desvirtuar la inspección- a los solos efectos de vista del expediente por el interesado y hasta tanto tenga lugar dicha inspección, según consta en el escrito notificado el día 3 de diciembre, sin que esta declaración de confidencialidad excluya la posibilidad de que el interesado conozca -si así le interesa, por medio de su asistencia a la inspección- la ubicación de los correspondientes terminales en el mismo momento en que vaya a practicarse su inspección, tal y como se señaló en el mencionado escrito notificado el 3 de diciembre en referencia al artículo 81 de la LRJPAC.”*

### **DECIMOSEXTO.- Práctica de la prueba testifical.**

Con fecha 12 de diciembre de 2002 se practicó la prueba testifical, con las declaraciones del representante legal de PLASTIC CARDS, de ESCOITÓFONO, de la AOTEP y el Gerente de Telefonía de Uso Público de TESAU. De cada declaración se levantó el correspondiente acta (*Documentos 25 a 28*), firmada por los asistentes, con el resultado que obra en el expediente.

El representante de PLASTIC CARDS y el de ESCOITÓFONO fueron tachados por TESAU. Asimismo, el representante de TESAU manifestó que consideraba inútil e impertinente la declaración del representante de PLASTIC CARDS por ser los hechos objeto de la prueba posteriores a la expulsión del representante de PLASTIC CARDS como asociado de la AOTEP.

### **DECIMOSÉPTIMO.- Solicitud de TESAU de ampliación de la prueba documental (*Documento 29*).**

Con fecha 20 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU en el que manifiesta lo siguiente: “..., por este escrito solicitamos que se amplíe la prueba de inspección a los siguientes terminales cuya identificación se adjunta con este escrito. Estos terminales son todos los que existen en las provincias de Málaga y Cádiz que según nuestros archivos figuran a nombre de empresas asociadas a la AOTEP. El objeto de la prueba propuesta es la de demostrar que las afirmaciones del representante legal de PLASTIC CARDS [efectuadas el día 12 de diciembre en el seno de la declaración testifical] no son ciertas y paralelamente demostrar la existencia de publicidad en dichos terminales.”

TESAU aporta un listado de los terminales en cuestión, que son en torno a 3.500, en el que identifica el número de teléfono del terminal en cuestión y su ubicación, con mención de la provincia (Cádiz o Málaga), calle, número, “*Resto Domicilio*”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(donde identifica el nombre del establecimiento abierto al público en el que se ubica el teléfono de uso público) y el código postal.

### **DECIMOCTAVO.- Contestación a la solicitud de ampliación de prueba (Documento 30).**

Por escrito de 27 de diciembre el Instructor desestimó la solicitud de ampliación de TESAU, manifestando lo siguiente:

*“Respecto a esta solicitud del interesado, relativa a la ampliación del objeto de la prueba, ha de señalarse que, por razones de operatividad, y en línea con el criterio de celeridad, no puede realizarse la inspección de un número tan elevado de terminales. La inspección de los terminales recogidos en el listado presentado por el interesado consumiría, para su materialización, un importante volumen de recursos humanos, y retrasaría de forma significativa la realización de la prueba.*

*Por ello, el objeto de la prueba ha quedado concretado en la inspección de una muestra significativa de terminales.*

*En este sentido, ha de ponerse de relieve, que la ampliación de la inspección a todos los terminales de Málaga y Cádiz, que el interesado solicita, no alteraría el resultado que se obtiene de realizar la inspección en una muestra significativa de terminales, que, según lo dicho, es el objeto que se ha considerado para llevar a la práctica la inspección.”*

Asimismo, en este escrito se ponía de manifiesto que la información aportada por TESAU en el escrito de solicitud de ampliación de la prueba le fue requerida por el Instructor (si bien, con un alcance más amplio –no circunscrito sólo a las provincias de Málaga y Cádiz-) en fecha 29 de octubre de 2002, no habiendo sido aportada por TESAU en contestación a dicho requerimiento; por ello, se exponía a TESAU que la presentación, ahora, de esa información resultaba inoportuna a los efectos de su consideración para el objeto de la inspección.

### **DECIMONOVENO.- Inadmisión del recurso de alzada.**

Por Acuerdo de 16 de enero de 2003 (Documento 31), el Consejo de la CMT resolvió inadmitir el recurso de alzada interpuesto por TESAU contra el acto de trámite del Instructor por el que se acuerda la apertura del período de prueba, por faltar los presupuestos que exige el artículo 107.1 de la LRJPAC para poder recurrir actos de trámite. En el Acuerdo de inadmisión del recurso se manifiesta que la declaración de confidencialidad realizada es independiente de la participación o no por el interesado en la prueba, y que nada se ha acordado sobre una imposibilidad del interesado de participar en la misma; antes bien, se han practicado las notificaciones oportunas al efecto.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este Acuerdo se notificó a TESAU el día 17 de enero de 2003 (*Documento 32*).

### **VIGÉSIMO.- Incorporación de ciertos documentos.**

Por escrito de fecha 22 de enero de 2003 (*Documento 33*) el Instructor del expediente solicitó al Director de Regulación de Operadores la aportación de ciertos documentos. El día 23 de enero se recibió contestación del Director de Regulación de Operadores (*Documento 34*) aportando los documentos solicitados, que corresponden al expediente RO 2001/4472, período de información previa a la apertura del expediente RO 2001/5734, y al propio expediente RO 2001/5734, expediente al que pone fin la Resolución supuestamente infringida. Tales documentos son los siguientes:

- **Escrito de VIC TELEHOME** de fecha 11 de septiembre de 2001 (*Documento 34.A*), en el que, en respuesta a un requerimiento efectuado por la CMT, manifiesta lo siguiente:

*“QUE VIC TELEHOME, S.A. en ningún momento llegó a algún acuerdo específico de ninguna clase con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. para materializar las acciones conjuntas de Marketing, Publicidad y Promoción estipuladas en el contrato celebrado entre ambas compañías el 4 de enero de 1.999, y es que es un hecho que no se llegó a desarrollar ninguna acción conjunta o aislada en este sentido por parte de mi representada o de ambas partes.”*

- **Contrato suscrito entre VIC TELEHOME y TESAU** en fecha 2 de enero de 1999 (*Documento 34.B*). Este contrato está firmado por el Director General de VIC TELEHOME y el Director General de Grandes Clientes y Coordinación territorial de TESAU. En el contrato se establece lo siguiente:

*“(…)*

*Tercero.- (…)*

*Telefónica retribuirá a Vic Telehome por la publicidad institucional que realice de servicios o productos de Telefónica.*

*(…)*

*El importe que se acuerda para el presente período anual asciende a la cantidad de (ciento veintiseis millones) 126.000.000 pts.*

*Cuarto.- Las condiciones recogidas en este Acuerdo han sido calculadas partiendo de la base de que Vic Telehome cursa al menos el 95% del tráfico telefónico inherente a la explotación de su negocio, a través de la red de Telefónica de España.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*La modificación a la baja por Vic Telehome, del porcentaje anteriormente previsto, durante la vigencia de este Acuerdo, dará derecho a Telefónica de España a revisar automáticamente las condiciones económicas del Acuerdo.  
(...)”*

- **Escrito de VIC TELEHOME** presentado en fecha 24 de diciembre de 2001 (*Documento 34.C*), en el que se manifiesta:

*“PRIMERO: QUE los descuentos aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a mi representada en virtud del contrato de 4 de enero de 1.999 no se limitaban únicamente a una cantidad fija de 126.000.000 de pesetas anuales, sino que esta cantidad operaba en la aplicación del citado contrato como un descuento fijo mínimo que posteriormente se incrementaría a través del siguiente sistema de cálculo: Telefónica calculaba, para cada mes, el incremento que se había producido en el tráfico telefónico originado por VIC sobre el mismo mes del año anterior, y en función de la cuantía de dicho incremento se aplicaban unos descuentos de entre el 45% y el 51% adicionales a las tarifas ya descontadas en aplicación de los planes de descuento del Programa Masterbono Proveedores.  
(...)”*

*SEGUNDO: QUE esta parte conoce que las principales empresas de Telefonía de Uso Público (TUP) celebraron durante los últimos años con Telefónica de España, S.A.U., contratos similares a los celebrados con mi representada, en los que invariablemente cada empresa beneficiaria de los mismos recibía amplios descuentos sobre las tarifas oficiales a las que se veía sujeta Telefónica de España, S.A.U. en contraprestación a la realización de acciones promocionales y de publicidad que, hasta el conocimiento de esta parte, en ningún caso se llegaron a materializar.”*

- **Escrito de TESAU**, presentado el 13 de febrero de 2002 en el Registro de esta Comisión. Por medio de dicho escrito TESAU, con relación al requerimiento efectuado en la Resolución de 24 de enero de 2002 (que impone a TESAU remitir los contratos que incumplan los mandatos a que se refiere el apartado primero de esa Resolución), remite el modelo de contrato relativo a las acciones de marketing y publicidad (*Documento 34.D*). En dicho modelo de contrato se prevé:

*“(...)”*

### CLAUSULAS

#### Primera: OBJETO DEL ACUERDO

*Por el presente Acuerdo, TELEFONICA DE ESPAÑA y ----- acuerdan emprender acciones de marketing y publicidad de productos y servicios de TELEFONICA DE ESPAÑA, tanto en los locales donde ----- desarrolla su actividad de explotación de terminales de uso público como en los medios*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*utilizados por éste para dar a conocer su actividad de explotación de terminales de uso público.*

*(...)*

2.2 ----- se compromete, durante la vigencia del presente Acuerdo, a mantener operativos los locales, reseñados en el Plan de Medios, como locales donde se desarrollarán las actividades de marketing y publicitarias, así como el servicio telefónico prestado por TELEFONICA DE ESPAÑA.

*(...)*

3.1 Como contraprestación por la realización de las acciones de marketing y publicitarias, TELEFONICA DE ESPAÑA se compromete a abonar a ----- la cantidad por impacto válido que figurará como Anexo a este Acuerdo, una vez consensuado el Plan de Medios de ----- a que se refiere la Cláusula 2.1. La cantidad estará determinada en función de las acciones de marketing y publicitarias de ----- en los locales en los que explote terminales de uso público.

3.2 La cantidad será abonada por periodos mensuales a partir de la firma del presente Acuerdo y después de contabilizar los impactos publicitarios y de marketing acaecidos en dicho periodo como consecuencia de las acciones reseñadas en el punto 3.1.

*(...)"*

### VIGÉSIMO PRIMERO.- Incorporación de ciertos documentos.

Con fecha 23 de enero de 2003 (*Documento 35*) se solicitó al Director de Ofertas en el Mercado la incorporación de ciertos documentos, los cuales fueron remitidos (*Documento 36*) el día 24 de enero. Se trata, entre otros, de los siguientes documentos:

- **Escrito de SOL TELECOM, S.A.**, presentado en el Registro de esta Comisión en fecha 4 de junio de 2002 (*Documento 36.A*). En dicho Acuerdo se manifiesta, entre otras cuestiones, lo siguiente:

*"Sol Telecom S.A. suscribió con TESAU en fecha 1 de marzo de 2002 un Contrato de Prestación de Servicio de Telefonía para Uso Público, según copia que acompañamos y cuyo texto nos fue facilitado por la operadora y aceptado en su integridad.*

*En relación con dicho documento cabe señalar que si bien en la cláusula CUARTA se hace referencia a los "precios establecidos en cada momento por la normativa vigente" y a la aplicación de descuentos fijados en el programa Masterbono Proveedores a que se hace referencia en la cláusula QUINTA, en realidad se habían convenido unas tarifas de precios finales que igualmente les remitimos."*

- **Escrito de ESCOITÓFONO**, presentado en el Registro de esta Comisión en fecha 29 de noviembre de 2001 (*Documento 36.C*). A este escrito se adjuntan



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

unas facturas de reintegro emitidas por TESAU a favor de ESCOITÓFONO en concepto de *“Aplicación Acuerdo Corporativo correspondiente al Período Enero-Junio 2001”*, y de *“Acuerdo Corporativo AOTEP 2º Semestre 2001”*.

- **Escrito de ASTURSAT**, presentado en el Registro de esta Comisión el 5 de diciembre de 2001 (*Documento 36.D*). A dicho escrito se adjunta un *Convenio ASTURSAT / TELEFÓNICA*, firmado el día 20 de junio de 2000 por **[CONFIDENCIAL]**, por parte de ASTURSAT, y **[CONFIDENCIAL]** por parte de TESAU.

En la cláusula segunda del Convenio se señala:

*“1.- ASTURSAT reconoce a TELEFÓNICA como socio tecnológico para definir conjuntamente el modelo en el que se sustenten sus comunicaciones y todo el ámbito de soluciones relacionadas con las mimas, y las líneas de evolución de dicho modelo.*

*(...)*

*3.- TELEFÓNICA proveerá ASTURSAT de los servicios que precise para el desarrollo de sus actividades, en condiciones óptimas de Mercado, y ofertando siempre la mejor posibilidad.*

*(...)”*

En el Anexo al Convenio se establece:

### *“INFORME DE CONDICIONES*

#### *PRIMERA- ECONÓMICAS*

*TELEFÓNICA se obliga a aplicar a ASTURSAT durante la duración del presente Convenio un descuento lineal del 40% sobre todos los servicios mencionados en la cláusula VI del citado Convenio. Teniendo en cuenta los pagos comprometidos durante los 5 años de vigencia del Convenio, ASTURSAT podrá disfrutar de un montante bruto de 4.280 Millones de pesetas. ASTURSAT se compromete a adquirir todo el equipamiento telefónico necesario para desarrollar su actividad a TELEFÓNICA.*

*Durante la vigencia de este Convenio y previa aprobación de ambas partes, no se excluye la posibilidad de llevar a cabo acciones publicitarias de colaboración, siempre respetando la cláusula V del citado Convenio [sobre Confidencialidad].”*

- **Escrito de LAR COMUNICACIONES, S.L.** (en adelante. LAR), presentado el 15 de enero de 2002 (*Documento 36.G*). A este documento se acompaña Acuerdo firmado en fecha 1 de junio de 2001 por LAR y TESAU sobre *“Acciones de Marketing y Publicidad (Locutorios)”*. En este Acuerdo se establece:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Ambas partes... RECONOCEN*

*(...)*

*Que LAR COMUNICACIONES tiene contratadas a TELEFÓNICA DE ESPAÑA un volumen importante de líneas que va a destinar a la explotación del servicio de telefonía de uso público en locales, en los que es posible efectuar acciones de marketing y publicidad de productos y servicios de TELEFÓNICA DE ESPAÑA.*

*(...)*

### CLÁUSULAS

*(...)*

*3.1 Como contraprestación por la realización de las acciones de marketing y publicitarias, TELEFÓNICA DE ESPAÑA se compromete a abonar a LAR COMUNICACIONES la cantidad por impacto válido que figurará como Anexo a este Acuerdo, una vez consensuado el Plan de Medios de LAR COMUNICACIONES a que se refiere la Cláusula 2.1. La cantidad estará determinada en función de las acciones de marketing y publicitarias de LAR COMUNICACIONES en los locales en los que se explote terminales de uso público.*

*(...)”*

En el Plan de Medios anexo se manifiesta:

*“1. La cantidad por impacto válido se valora en 3,6 pesetas por minuto de comunicación.*

*2. LAR COMUNICACIONES se compromete a disponer en los locales que explote los terminales de uso público un cartel de señalización con la marca y logotipo de Telefónica, valorándose el impacto de comunicación en 0,5 pesetas por minuto.”*

- **Escrito de VIC TELEHOM** presentado 16 de enero de 2002 (*Documento 36.H*). En este escrito, VIC TELEHOME manifiesta que el contrato firmado con TESAU el 2 de enero de 1999 (*Documento 34.B*) “*si bien tenía una vigencia limitada hasta el 31 de diciembre de 2000, continuó aplicándose en las relaciones que mantuvieron las partes hasta el 4 de abril de 2001*”. A continuación indica el porcentaje de tráfico que se ha venido cursando por TESAU:

*“*

- 1996: 0%
- 1997: 0%
- 1998 (hasta junio): 0%
- 1998 (de junio a diciembre): *menos del 10% (mi representaba operaba como Telefonía de Uso Público multicarrier)*
- 1999: Superior al 95%
- 2000: Superior al 95%
- 2001 (hasta el 4 de abril): Superior al 95%



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2001(desde el 4 de abril): 0% (con fecha 4 de abril se produjo el corte de líneas por parte de Telefónica de España, S.A.U.)
- 2002: 0%”

Al escrito presentado, se acompaña las facturas de TESAU correspondientes a los reintegros a favor de VIC TELEHOME por el concepto “Acuerdo Corporativo” o “Liquidación Acuerdo”.

Con relación al período noviembre 1999-octubre 2000, VIC TELEHOME señala que la facturación realizada por TESAU, correspondiente a los servicios prestados por este operador, ascendió a ----- y los reintegros efectuados por TESAU en virtud del acuerdo suscrito ascendieron a ----- (lo que supone el 50,25% de la facturación realizada por TESAU). Con relación al período noviembre 2000-marzo2001, señala VIC TELEHOME que la facturación de TESAU ascendió a ----- y los reintegros ascendieron a ----- (lo que supone el 51,43% de la facturación).

- **Escrito de ASTURSAT** presentado el 31 de enero de 2002 (*Documento 36.I*) por el que se aportan los contratos suscritos con TESAU el de 1 de marzo de 1999 y el 20 de junio de 2000 (este último ya aportado el 5 de diciembre de 2001 -*Documento 36.D*-). ASTURSAT manifiesta que “Como figura en los contratos aportados estaba pactada obligación de exclusividad de las relaciones entre ASTURSAT y TESAU./ En todo caso, el porcentaje de tráfico cursado por ASTURSAT a través de TESAU era del 100%”. En el contrato de 1 de marzo de 1999 figuraban las siguientes condiciones:

*“En atención a la relevancia de Astursat, como Gran Cliente de Telefónica de España, S.A. y al respeto de las condiciones que más abajo se relacionan se efectuará un descuento del 25% sobre la facturación real, quedando el pago mensual en ----- ptas. Impuestos no incluidos.*

*(...)*

*Telefónica de España S.A. y Astursat, se reconocen exclusividad en sus relaciones, no pudiendo por tanto esta última mantener acuerdos sustancialmente idénticos con terceros, ni oner en marcha proyctos paralelos que puedan suponer su competencia en el mercado de las telecomunicaciones, sin el consentimiento expreso d la primera.”*

- **Escrito de LATINO TELECOM, S.L.** presentado el 6 de febrero de 2002 (*Documento 36.J*). A este escrito se adjunta –entre otros documentos:
  - Acuerdo firmado entre TESAU y LATINO TELECOM el 31 de mayo de 1999. En el Acuerdo se señala:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“LATINO TELECOM presentará a TELEFÓNICA una factura anual por un importe equivalente a la cantidad pactada, en concepto de retribución, por la publicidad realizada durante los doce meses anteriores*

*El importe que se acuerda para el presente período anual asciende a la cantidad de 75.000.000 ptas.*

*Cuarto.- Las condiciones recogidas en este Acuerdo han sido calculadas partiendo de la base de que LATINO TELECOM cursa el 95% del tráfico telefónico a través de la red de TELEFÓNICA.”*

- Acuerdo firmado entre TESAU y LATINO TELECOM el 1 de junio de 2001 sobre “Acciones de marketing y publicidad (Locutorios)”. En ese Acuerdo se señala que *“LATINO TELECOM se compromete, durante la vigencia del presente Acuerdo, a mantener operativos los locales, reseñados en el Plan de Medios, como locales donde se desarrollarán las actividades de marketing y publicitarias, así como el servicio telefónico prestado por TELEFONICA DE ESPAÑA”*. En el Anexo sobre Plan de Medios se establece: *“1. La cantidad por impacto válido se valora en 3,6 pesetas por minuto de comunicación./ 2. LATINO TELECOM se compromete a disponer en los locales en los que explote los terminales de uso público de un cartel de señalización con la marca y logotipo de telefónica, valorándose el impacto de comunicación en 0,5 ptas por minuto.”*
- **Escrito de INTERTRACE, S.L.** (Documento 36.K) firmado en fecha 21 de febrero de 2002 y con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día en el que se manifiesta que *“TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. ha estado ofreciendo y ofrece, condiciones no reguladas de venta de tráfico tanto a la AOTEP como a las empresas que explotan locutorios, ofertas que están muy por debajo del precio de venta que tiene autorizado por el regulador”*.
- **Escrito de TESAU** presentado el 7 de marzo de 2002 (Documento 36.L) por el que se acompaña a) contrato-tipo para la realización de actividades de marketing y publicidad, coincidente con el aportado en el expediente RO 2001/5734 el 13 de febrero de 2002 (Documento 34.D); b) contrato-tipo para la prestación de servicios de telefonía fija a las empresas destinadas a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público, y c) contrato-tipo para la prestación de servicios de telefonía fija destinados a la explotación comercial en régimen de telefonía de uso público (locutorios).
- **Escrito de TESAU** presentado el 14 de marzo de 2002 (Documento 36.M) en el que se manifiesta:

*“La prestación del servicio de Telefonía de Uso Público (en adelante TUP) se orienta a dos tipos de clientes:*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Los que se dedican a la explotación de terminales de uso público normalmente instalados en establecimientos de titularidad ajena y por los que básicamente se cursa tráfico nacional.*
- *Los que se dedican a la telefonía de uso público mediante la explotación de locutorios y por los que se cursa un elevado volumen de tráfico internacional.*

(...)

*El problema por tanto es que generan unos consumos altísimos. Según cálculos internos los primeros cursan tráfico por valor de 8.000 ptas. línea y mes y los segundos por valor de 240.000 ptas. línea y mes.”*

### **VIGÉSIMO SEGUNDO.- Informe de Inspección (primera entrega).**

Con fecha 27 de febrero de 2003 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito del Subdirector General de Inspección y Supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología (*Documento 37*), por el que remite la siguiente información:

- *Anexo I* Las actuaciones correspondientes a la inspección de los teléfonos de uso público ubicados en los locales cuyas direcciones se contenían en el Anexo I al escrito de 29 de noviembre de 2002 (*Documento 14*).
- *Anexo IV*: La documentación (facturas y justificantes bancarios) recabada de las entidades incluidas en el listado de empresas que se contenía en el Anexo II al escrito de 29 de noviembre de 2002 (*Documento 14*): 75 empresas.
- *Anexo II*: Listado de entidades (de las del Anexo II al escrito de 29 de noviembre de 2002) cuya contestación está pendiente: 12 empresas. Al respecto, se indica: “*A medida que se reciban, se enviarán a esa Comisión del Mercado*”.
- *Anexo III*: Listado de empresas (de las del Anexo II al escrito de 29 de noviembre de 2002) que no se han localizado en la dirección proporcionada: 7 empresas.

### **VIGÉSIMO TERCERO.- Vistas de TESAU del Expediente.**

Con fechas 17 de marzo, 25 de marzo y 2 de abril de 2003, TESAU tomó vista del expediente (*Documentos 38, 39 y 40*).

### **VIGÉSIMO CUARTO.- Ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento.**

Por Acuerdo del Consejo de fecha 10 de abril de 2003 se decidió ampliar en tres meses el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento sancionador de referencia (*Documento 42*).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **VIGÉSIMO QUINTO.- Informe de Inspección (segunda entrega).**

En ampliación del escrito remitido el 27 de febrero de 2003, el Subdirector General de Inspección y Supervisión envió por escrito recibido en el Registro de la CMT el 22 de abril de 2003 la documentación recabada de otras tres de las empresas a que se refería el objeto de la inspección solicitada (*Documento 44*).

La recepción de este informe fue comunicada a TESAU el 9 de junio de 2003 (*Documento 48*). TESAU tomó vista del mismo el día 11 de junio (*Documento 49*).

### **VIGÉSIMO SEXTO.- Solicitud de ingresos brutos de TESAU.**

Por escrito de 27 de mayo de 2003 (*Documento 45*) el Instructor solicitó a la Dirección de Administración de la CMT copia compulsada de la declaración de ingresos brutos de TESAU correspondiente al ejercicio de 2002, la cual fue remitida en fecha 5 de junio (*Documento 47*).

### **VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Impresión de la página web de AOTEP.**

Con fecha 4 de junio de 2003 se realizó impresión de la página web de AOTEP ([www.aotep.com](http://www.aotep.com)) con relación a ciertos datos relativos a la Asociación (131 empresas asociadas, 50 000 terminales telefónicos, 28 Millones de euros de facturación conjunta) –*Documento 46*–.

### **VIGÉSIMO OCTAVO.- Propuesta de Resolución.**

Con fecha 11 de junio de 2003, el Instructor del procedimiento redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (*Documento 50*):

**“PRIMERO.-** Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de enero de 2002, sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U a la operadora Vic Telehome, S.A.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEGUNDO.-** *Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS MIL EUROS (15.800.000 euros)."*

Esta propuesta fue notificada a TESAU el propio día 11 de junio (*Documento 51*).

Con fecha 27 de junio de 2003, tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de TESAU por el que solicita ampliación del plazo de quince días hábiles concedido (*Documento 52*). El Instructor del procedimiento concedió la ampliación solicitada por dos días hábiles adicionales (*Documento 53*).

### **VIGÉSIMO NOVENO.- Alegaciones de TESAU (*Documento 54*).**

Con fecha 1 de julio de 2003, ha tenido entrada en el Registro de la CMT escrito de alegaciones de TESAU.

En el escrito presentado se realizan, básicamente, las siguientes alegaciones:

- Primera: Con carácter previo, TESAU niega todos aquellos hechos que no sean objeto de aceptación expresa en su escrito.
- Segunda (sobre el contexto de la Resolución de 24 de enero de 2002, cuyo incumplimiento se imputa a TESAU):

En esta alegación, TESAU pone de relieve que el contenido de la propuesta de Resolución correspondiente al expediente RO 2001/5734 difiere de la Resolución que el Consejo de la CMT adoptó en este expediente, pues en la propuesta se pretendía la denuncia de los hechos objeto del expediente al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Asimismo, TESAU pone de relieve que el expediente OM 2001/5734, cuya Resolución acuerda la incoación del presente expediente sancionador, es anterior al inicio del expediente RO 2001/5734.

- Tercera (sobre el contrato de Publicidad y Marketing existente entre TESAU y AOTEP):

TESAU expone que el contrato vigente en materia de Publicidad y Marketing es un contrato de 20 de marzo de 2002, celebrado con la idea de cumplir con la Resolución de 24 de enero de 2002, en el que se prevé que *"como contraprestación por la realización de la publicidad objeto del presente acuerdo, Telefónica de España abonará al cliente la cantidad media de 0,0030 Euros (sin*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*impuestos) por quincena y persona que acceda al establecimiento en que se encuentren ubicados los terminales, con un límite máximo de 9 Euros por quincena”.*

- Cuarta (sobre la retribución por publicidad y marketing):

TESAU manifiesta que no ha aplicado un descuento, sino que se ha limitado a compensar las facturas por tráfico con las facturas por publicidad (conforme con lo previsto en el artículo 1156 y 1195 del Código Civil). Según indica TESAU, tales facturas por publicidad responden a lo previsto en el contrato antes mencionado, habiéndose llevado a partir de diciembre de 2002 una regularización de las cantidades que, por el concepto de publicidad, han de ser facturadas por los asociados a la AOTEP.

También manifiesta TESAU que en los 20 casos, correspondientes a asociados a la AOTEP, que se analizan en la propuesta del Instructor, la comprobación matemática llevada a cabo por el Instructor en relación con el 38% de descuento no resulta exacta, y que en cada uno de los supuestos objeto de examen se reconoce y acepta la existencia de diferencias. En cuanto a las 26 empresas con relación a las cuales el Instructor señala que el examen de la documentación aportada revela la existencia del descuento de 38% de modo semejante a los 20 casos anteriores, TESAU dice que esta circunstancia no se ha probado y que no es cierta.

Finalmente, en cuanto a las 30 empresas restantes objeto de examen en la propuesta de Resolución, TESAU señala que *“la Propuesta de Resolución hace esfuerzos ímprobos para “intentar aproximarse” a su afirmación y sin embargo las conclusiones a las que llega son tan divergentes que difícilmente pueden sostenerse y declararse probado la aplicación del 38% de descuento”.*

- Quinta (sobre la publicidad desplegada por las empresas de la AOTEP):

TESAU expone que, debido a que la AOTEP aglutina más de 47.000 terminales de uso público, TESAU no puede encargarse de poner por sí misma las pegatinas en que consiste la publicidad que retribuye (y tienen que ser los asociados a la AOTEP). También señala que se ha de tener en cuenta que es una publicidad que se encuentra sujeta a vandalismo.

Asimismo, TESAU indica que el método utilizado por el Instructor para identificar los terminales objeto de inspección (consulta de las *páginas blancas*) ha sido equivocado, pues, con carácter general, en las mismas no



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

figuran los terminales de uso público, y que, además, no puede pretenderse que todo terminal de monedas sea un terminal de uso público.

Así, TESAU considera que *“las consecuencias de la inspección son desconcertantes e irreales”*. En cualquier caso, considera que la muestra objeto de inspección por el Ministerio *“no sólo no es suficientemente representativa sino que la misma podría calificarse de absolutamente insignificante”*, teniendo en cuenta las más de 47.000 líneas que tiene la AOTEP. En este sentido, argumenta TESAU que no tiene por qué padecer la precariedad de recursos humanos con los que cuenta la Inspección del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Finalmente, TESAU expone que no puede hablarse de contrato de publicidad simulado cuando desde finales de 2001 hasta finales de 2002 ha encargado, pagado y entregado a la AOTEP 186.000 pegatinas publicitarias.

- Sexta (sobre la prueba testifical realizada): Con relación a la práctica de la prueba testifical, TESAU alega lo siguiente:
  - Cuestiona la idoneidad como testigos de los representantes de ESCOITÓFONO y PLASTIC CARDS, ya que ninguno estuvo presente en la firma del contrato entre TESAU y AOTEP.
  - Que la práctica de la prueba testifical está viciada por defectos en el procedimiento; en este sentido, indica TESAU que la tacha que efectúa de los dos testigos mencionados debería haber suspendido la declaración, y haberse tramitado el incidente de tacha.
  - Que la declaración testifical versó sobre cuestiones que no estaban contempladas en el acuerdo de apertura de la prueba.
  - Que la propuesta de Resolución silencia la declaración el representante de la AOTEP y del Gerente TUP.

Hechas estas alegaciones, TESAU recoge unos Fundamentos de Derecho, en los que básicamente señala lo siguiente:

1.º Que, tanto en la Resolución de 24 de enero de 2002, cuyo incumplimiento se imputa a TESAU, como la Resolución de 18 de julio de 2002, por la incoa el expediente sancionador, como el propio expediente sancionador tramitado, la CMT está apreciando una simulación en un contrato mercantil, lo que corresponde a la jurisdicción civil.

2.º Que, por medio de la Resolución de 24 de enero de 2002, la CMT se ha irrogado una competencia para sancionar en materia tarifaria que corresponde a





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

3.º Que, tanto la Resolución de 24 de enero de 2002, como el presente expediente sancionador, incurren en desviación de poder y fraude de ley, pues la CMT pretende irrogarse una potestad sancionadora que no le corresponde.

4.º Que ha habido vulneración del principio de tipicidad e irretroactividad de las normas sancionadoras, ya que el inicio del expediente cuya Resolución acuerda la incoación del procedimiento sancionador es anterior al inicio del expediente al que pone fin la Resolución cuyo incumplimiento se imputa a TESAU.

5.º Que la Resolución de 24 de enero de 2002 es nula de pleno derecho, ya que, a través de ella (párrafo primero del apartado primero del RESUELVE), la CMT se irroga la potestad de interpretar las normas jurídicas.

6.º Que la Resolución de 24 de enero de 2002 es nula de pleno derecho ya que en el apartado primero de su RESUELVE se configura un ilícito administrativo que únicamente es susceptible de aplicación por analogía.

7.º Que la Resolución de 24 de enero de 2002 es nula de pleno derecho porque una resolución que genéricamente prohíbe incumplir la Ley o que recuerda que la Ley ha de ser cumplida es de imposible cumplimiento.

8.º Que la Resolución de 24 de enero de 2002 altera el cuadro de infracciones y sanciones establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, ya que la sanción que se imputa a TESAU está prevista como infracción grave en la Ley General de Telecomunicaciones, pero, por virtud de la Resolución de 24 de enero de 2002, se convierte en infracción muy grave. TESAU pone de relieve además que esta alteración del cuadro de infracciones y sanciones es algo que la CMT, por medio de la mencionada Resolución de 24 de enero de 2002, sólo ha hecho con TESAU.

9.º Que la incoación del presente procedimiento sancionador resulta incongruente, ya que la Resolución de 24 de enero de 2002 se haya *sub iudice*. Asimismo, TESAU pone de relieve que la Resolución de 18 de julio de 2002, por la que se acuerda la incoación del presente procedimiento sancionador, se encuentra igualmente impugnada en vía contencioso-administrativa.

10.º Que no ha existido beneficio anticompetitivo alguno derivado de la retribución aplicada a los revendedores de tráfico para telefonía de uso público.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con relación a la agravante de beneficio obtenido que figuraba en la Propuesta de resolución, TESAU alega lo siguiente:

- Que la remuneración controvertida sirve para enjugar los costes en que incurren los asociados de la AOTEP a la hora de destinar recursos humanos y materiales para llevar a cabo la actividad comercial que les es encomendada por vía del Contrato de Publicidad y Marketing firmado, y que, a pesar de que esa remuneración se realice por compensación, está totalmente desvinculada del tráfico.
- Que los terminales de uso público que explotan los asociados a la AOTEP permiten la selección de operador llamada a llamada, por lo que es una posibilidad nada desdeñable que se haya utilizado esta facilidad para encaminar tráfico a través de otros operadores.
- Que resultaría necesario un análisis más riguroso que el llevado a cabo en la Propuesta de resolución, en el que se tomara en cuenta un horizonte temporal amplio, y se considerase el descuento medio asociado, la evolución tarifaria prevista, la percepción de un hipotético efecto de reducción del precio por publicidad y los descuentos en equipos.
- Que es un error considerar un consumo medio alrededor de unos 20 euros, en base a un muestreo que no es del todo fidedigno.
- Que desde el momento en que la oferta comercial de TESAU está adaptada al marco regulatorio de precios, se estaría garantizando *per se* un margen suficiente al resto de los operadores.
- Que existe un número de líneas, entre los asociados a la AOTEP, cuyo tráfico cursado con TESAU podría no justificar el mantenimiento de la línea, con lo que probablemente habrían sido dadas de baja o eliminadas, a menos que cursaran un tráfico adicional con otros operadores.
- Que en ningún momento se estrangulan los márgenes y que un operador alternativo mínimamente eficiente mantendría en todo momento un margen positivo de como mínimo entre el 4% y el 20%.
- Que la pérdida en un período concreto de cierto nivel de competitividad por parte de los operadores alternativos en el mercado de la telefonía de uso público en ningún caso puede ser equiparable al requisito de expulsión del mercado exigible para identificar un supuesto anticompetitivo de obtención de un beneficio concurrencial mediante un estrechamiento de márgenes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al escrito presentado TESAU adjunta los siguientes documentos:

- Documento 1: Acuerdo entre AOTEP y TESAU sobre acciones de publicidad, de 20 de marzo de 2002.
- Documento 2: Carta del Presidente de la AOTEP a TESAU de fecha 21 de marzo de 2002 en la que se alude a la práctica de liquidaciones parciales a cuenta, hasta que tenga lugar la regularización en diciembre de 2002.
- Documento 3: Cartas de TESAU de 29 de enero de 2003 dirigidas a los asociados de la AOTEP en las que indican a los mismos las cantidades que han de incluir en sus facturas con cargo en concepto de regularización del Acuerdo 2002.
- Documento 4: Facturas emitidas por los sadiados a la AOTEP con cargo a TESAU en concepto de regularización.
- Documento 5: Certificado de 27 de junio de 2003 del Director de Área de Ventas a Corporaciones y Coordinación Territorial de TESAU, en el que declara que, consultadas las bases de datos de TESAU, el número de empresas asociadas a la AOTEP es de 138 y que el número de líneas de uso público correspondientes a las mismas es de 47.400.
- Documento 6: Cartas del Gerente de Ventas a TUP y TSTA, en las que se insiste en la necesidad de que *“sigáis poniendo vuestra pegatina identificativa de AOTEP para facilitarnos la labor de inspección, pues es la manera más ágil de identificar vuestras instalaciones”*.
- Documento 7: Documentos de TESAU relativos al encargo de adhesivos publicitarios.
- Documento 8: Nuevo modelo de pegatinas publicitarias que, según TESAU, *“desde hace poco tiempo se están distribuyendo y colocando”*.
- Documentos 9: Cifras de consumo mensual de los asociados a la AOTEP.
- Documento 10: Pesos y descuentos equivalentes de cada segmento sobre el total de la factura.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II HECHOS PROBADOS.

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

**PRIMERO.- Que TESAU ha aplicado a los asociados de la AOTEP un descuento del 38% sobre la facturación telefónica; descuento, que –por medio de las facturas emitidas por los asociados con cargo a TESAU- se ha justificado en el concepto de actividad publicitaria.**

Este descuento del 38% se ha aplicado sobre el importe del total de los servicios telefónicos prestados por TESAU (considerando *Cuota de abono, Consumos y Otros conceptos*), se ha minorado con el descuento que los planes administrativamente aprobados permiten aplicar, y se ha incrementado con el importe que resulta de aplicar un 16% de IVA o 5% de IGIC (Canarias).

En concreto, el descuento se ha aplicado según la siguiente fórmula:

$$\text{PAGO} = \text{Total} - \text{DESCUENTO38\%}$$

Donde

$$\text{Descuento38\%} = [(\text{Bi} + \text{Desc\_aprob}) \times 0.38 - \text{Desc\_aprob}] \times 1,16$$

(para Península, Baleares)

$$\text{Descuento38\%} = [(\text{Bi} + \text{Desc\_aprob}) \times 0.38 - \text{Desc\_aprob}] \times 1,05$$

(para Canarias)



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**PAGO:** El ingreso en la cuenta de TESAU que ha realizado el asociado a la AOTEP en pago de la factura telefónica que le ha presentado TESAU. Es el resultado de restar al total a pagar que figura en la factura emitida por TESAU (*Total*) el importe de la factura por publicidad que emite el asociado con cargo a TESAU (*Descuento38%*).

**Total:** El total a pagar que figura en la factura telefónica emitida por TESAU con cargo al asociado a la AOTEP. Es la cantidad que resulta de aplicar el impuesto (IVA, o en su caso –Canarias-, IGIC) a la base imponible de la factura (Bi).

**Descuento38%:** Total a pagar que figura en la factura emitida por el asociado de la AOTEP con cargo a TESAU, la cual, formalmente, responde al concepto de actividad publicitaria. Se le carga IVA (16%) ó IGIC (5%).

**Bi:** Base imponible de la factura telefónica emitida por TESAU con cargo al asociado de la AOTEP. Es el resultado de restar al total de los importes facturados (Cuota de abono, Consumos y Otros conceptos) el importe de los descuentos que pueden aplicarse conforme a los planes administrativamente aprobados.

**Desc aprob:** Importe que tienen los descuentos que se han aplicado en la factura telefónica emitida por TESAU con cargo al asociado de la AOTEP, los cuales se han calculado conforme a los planes de descuento administrativamente aprobados.

Este hecho ha resultado acreditado por la prueba documental llevada a cabo en el seno del presente procedimiento sancionador: La documentación correspondiente a los asociados de la AOTEP aportada por los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología (que consiste, por una parte, en las facturas telefónicas emitidas por TESAU con cargo a los asociados de la AOTEP, por otra parte, en las facturas por publicidad emitidas por los asociados de la AOTEP con cargo a TESAU, y, además, en los justificantes bancarios de los ingresos efectuados por estos asociados en las cuentas de TESAU) revela la aplicación de la fórmula antes señalada (*Documentos 37y 44*).

Corroboran, además, esa prueba documental los siguientes elementos de juicio que obran en el expediente:

1) Las **alegaciones efectuadas en el expediente OM 2001/5789 por varias empresas de telefonía de uso público**, las cuales se han incorporado al presente procedimiento sancionador:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Alegaciones de ESCOITÓFONO: Esta empresa ha señalado, con anterioridad a su expulsión de la AOTEP, que, como miembro de dicha Asociación, asistió a reuniones entre la AOTEP y TESAU en las que TESAU ofrecía a los abonados de la AOTEP aplicarles un 38% de descuento en la facturación (sólo pagarían el 62% de la misma) si mantenían su tráfico con este operador.

En el escrito presentado en el Registro de la CMT en fecha 22 de febrero de 2002 (Documento 9.A), ESCOITÓFONO manifiesta:

*“Le envío la documentación recogida el día 13 de febrero del 2002 en la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público (A.O.T.E.P.) y también comunicarles, las ofertas de Telefónica de España, S.A.*

*Telefónica nos aplicará un descuento de un 38% en el total de la factura mensual. En esta factura mensual le ingresaríamos en la cuenta bancaria el 62% del importe total y nos enviarían una nota de abono en concepto de Marketing de la diferencia, acogiéndose a que nosotros colocaríamos una pegatina en los teléfonos de monedas, donde aparecería el logotipo de Telefónica de España, S.A.”*

Entre la documentación que acompañaba a ese escrito, figura un documento titulado “Condiciones generales del acuerdo”, que no lleva rúbrica alguna, en el que se señala: *“Descuento de un 38% sobre facturación bruta (sobre todos los conceptos excepto equipos, sin incluir descuentos efectuados en factura) más un posible 2% (según crecimiento)”*. También figura un documento titulado “Modelo de liquidación”, en el que se indica cómo aplicar el descuento del 38% en una factura con total a pagar de 10.347 ptas.

En el escrito presentado en el Registro de la CMT el 11 de marzo de 2002 (Documento 9.B), ESCOITÓFONO manifiesta:

*“En la reunión extraordinaria que se celebró en Madrid con Telefónica España, a través de la Asociación (AOTEP) se nos ofreció un nuevo contrato. En uno de los puntos de este contrato se ofrecía el 38% de descuento y se descontaba directamente antes de hacer el ingreso a Telefónica. (Aporto documentación entregada en la reunión).”*

- Alegaciones de PLASTIC CARDS: Esta empresa ha hecho referencia a la aplicación por TESAU a los asociados de la AOTEP de un porcentaje de descuento del 38%, sobre el total de los conceptos que figuran en la factura emitida por TESAU, conforme a *“unas condiciones especiales no escritas”*. Así, en el escrito presentado el 25 de abril de 2002 en el Registro de la CMT (Documento 9.F), PLASTIC CARDS señala:





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“El origen de esta medida es un contrato que propone TESAU a los, según ellos, prestadores de servicio de telefonía de uso público que en sí mismo es la adscripción al Plan Descuento Universal de Empresas eso sí aderezado con un límite de crédito y la obligación de avalar una cantidad por línea contratada. La realidad es que este contrato encubre unas condiciones especiales no escritas que en el caso de los miembros de AOTEP llegan a suponer un 38% más un 2% adicional de descuento sobre el total de los conceptos facturados y que en empresas no pertenecientes a esta asociación significa un porcentaje menor negociado independientemente con cada una de ellas, por supuesto después de firmar el contrato “legal” que niega la existencia del “real”. Y para facilitar las liquidaciones, que antes suponían un arduo trabajo para TESAU, ahora el beneficiario del acuerdo, cada vez que TESAU le envía una factura, emite directamente otra contra TESAU por el porcentaje acordado en cada caso e ingresa en la cuenta de TESAU la diferencia ... se produce una discriminación entre sus propios clientes y no digamos a las empresas que como la nuestra en el ejercicio de su libertad han decidido trabajar con otras operadoras y por tanto no firmar el contrato impuesto por TESAU (...)”*

Con posterioridad, por escrito de fecha 26 de junio de 2002 (recibido en el Registro de la CMT ese mismo día) –Documento 9.K–, PLASTIC CARDS expone que existe un propósito de continuar aplicando los descuentos:

*“Aprovechamos para poner en su conocimiento que tras la recepción del informe del expediente de referencia [notificación confiriendo audiencia a los interesados en el expediente OM 2001/5789, la cual es de fecha 23 de mayo de 2002] por parte de los miembros de AOTEP, TESAU les ha comunicado que no se preocupen que haga lo que haga la CMT (si hace algo) van a seguir percibiendo los descuentos pactados (ilícitos según el informe de la CMT) de una u otra forma.”*

- Alegaciones de INTERTRACE: Por escrito presentado el 21 de febrero de 2002 (Documento 36.K) esta empresa manifiesta que la AOTEP se está beneficiando de la aplicación de tarifas de TESAU que no han sido aprobadas:

*“TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. ha estado ofreciendo y ofrece, condiciones no reguladas de venta de tráfico tanto a la AOTEP como a las empresas que explotan locutorios, ofertas que están muy por debajo del precio de venta que tiene autorizado por el regulador”.*

2) Las Notas Internas de la AOTEP en las que se dan instrucciones a los asociados sobre cómo se tiene que aplicar el descuento del 38% pactado con TESAU.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas Notas Internas, que son tres (Documento 9.C, Documento 9.D y Documento 9.E), fueron enviadas por fax. En dos ellas (Documento 9.C y Documento 9.E) consta como número de destino en las mismas el fax 91 417 57 93, que es el número de fax de la AOTEP, según puede verse en la impresión hecha de la página web de AOTEP (Documento 12).

Asimismo, en los tres documentos consta el logotipo de la AOTEP.

El Documento 9.D contiene los pasos que se han de seguir para aplicar el descuento del 38% (pasos, que se corresponden con la fórmula antes expuesta). El Documento 9.C desarrolla esta fórmula con un ejemplo, indicando además que *“Estas condiciones serán de exclusiva aplicación para aquellos asociados que hayan firmado y presentado el correspondiente contrato emitido por Telefónica”*.

El Documento 9.E transmite a los asociados las consideraciones expuestas por la Gerencia de TESAU en una reunión con la Directiva de la AOTEP. Se señala que *“Todos los Asociados de AOTEP que deseen trabajar con TELEFONICA deberán firmar el contrato que les ha hecho llegar TELEFÓNICA”* y se alude a *“el porcentaje de descuento que nos aplicaremos (38%)”*.

**3) Las declaraciones testificales** realizadas en el seno del presente procedimiento sancionador por ESCOITÓFONO y PLASTIC CARDS.

En el seno de la prueba testifical practicada, ESCOITÓFONO y PLASTIC CARDS ratificaron las declaraciones realizadas en los escritos antes mencionados.

El representante de **PLASTIC CARDS** (Documento 25 –*Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del representante legal de Plastic Cards Systems, S.L.*–) declaró que conocía que TESAU había aplicado y seguía aplicando –la fecha de la declaración testifical es de 12 de diciembre 2002– el descuento del 38% en la facturación, indicando que dicho descuento se aplica *“sobre el importe bruto de la factura”* y teniendo en cuenta para ello *“todos los conceptos de la factura mensual”*.

El testigo expuso que dicha información la conocía porque mantiene contacto con asociados a la AOTEP, por haber sido en el pasado Presidente de dicha Asociación.

TESAU efectuó la tacha de este testigo con base en dos circunstancias: su *“interés en el procedimiento”* y su enemistad *“tanto con AOTEP como con TELEFÓNICA”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer término, en lo que se refiere al interés en el procedimiento, ha de concluirse que, a falta –para este testigo- de cualquier otra fundamentación de la tacha realizada que las meras actuaciones llevadas a cabo por el testigo como denunciante, la tacha no se encuentra justificada.

Siendo el presente procedimiento un procedimiento sancionador (cuyo objeto se circunscribe a determinar si procede o no imponer una sanción a TESAU) no se va a derivar del mismo efecto alguno para el testigo. El único interesado que puede resultar afectado por la resolución que ponga fin al procedimiento es el imputado.

En segundo término, por lo que se refiere a la enemistad, ésta se predica por TESAU tanto respecto de la AOTEP como respecto de la propia TESAU. La supuesta enemistad con la AOTEP carece de relevancia para el procedimiento, en el que esta Asociación no tiene la condición de interesado; no se van a derivar para la misma efectos algunos de la resolución que en su día se adopte (se trata de un procedimiento sancionador incoado a TESAU). En cualquier caso, la enemistad con la AOTEP no resulta probada ni por el Acta de la IV Asamblea General Extraordinaria de la AOTEP (cuya copia aportó TESAU en el acto de la declaración testifical) ni por lo escritos enviados por PLASTIC CARDS en el expediente OM 2001/ 5789 (a los que se remitió TESAU), y que han sido incorporados al presente procedimiento.

Con relación a PLASTIC CARDS, el Acta de la mencionada Asamblea (*Documento 25*) tan sólo recoge la resolución por la que se le hace perder a esta empresa la condición de asociado de la AOTEP, sin especificar hecho alguno que justifique esa alegación de TESAU relativa a la enemistad del testigo con la Asociación.

En cuanto a los escritos de alegaciones de PLASTIC CARDS (*Documento 9.F y Documento 9.K*), estos documentos recogen las manifestaciones de esta empresa al objeto de poner en conocimiento de la CMT actuaciones atribuidas a TESAU, hechas con el propósito de que la CMT ejercite sus funciones públicas. Del contenido de estos documentos no se deduce ninguna muestra de enemistad ni con TESAU ni con la AOTEP.

Por su parte, el representante de **ESCOITÓFONO** declaró que “en Febrero o Marzo de 2002” se implantó el acuerdo entre AOTEP y TESAU por el que se aplicaba el descuento del 38% en la facturación, indicando que “en ese momento se suspendió el Acuerdo anterior consistente en un pago de 12.000 pesetas por línea/año y un 10% del tráfico cursado excepto llamadas metropolitanas y llamadas a



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*móviles que tenían un 7%” (Documento 26 –Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del representante legal de Escoitófono, S.L.-).*

Este testigo manifestó que la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP (*Documento 9.C*), la Nota Informativa 5/02 de la AOTEP (*Documento 9.D*) y el Documento “Condiciones generales del acuerdo” (*Documento 9.A*), documentos todos ellos en los que se hace referencia al descuento del 38%, le fueron entregados en su calidad de asociado a la AOTEP.

Pese a la tacha efectuada también por TESAU de este testigo, ha de atribuirse veracidad al testimonio dado por el mismo, valorando, fundamentalmente, que sus declaraciones relativas a la aplicación del porcentaje de descuento del 38% han resultado confirmadas en el procedimiento por otros elementos (en particular, por la prueba documental aportada por los Servicios de Inspección del Ministerio de Ciencia y Tecnología –*Documento 37 y 44*-).

Estos tres elementos de juicio (las alegaciones efectuadas en el expediente OM 2001/5789 por ESCOITÓFONO, PLASTIC CARDS e INTERTRACE, las Notas Internas de la AOTEP, y las declaraciones testificales realizadas por ESCOITÓFONO y PLASTIC CARDS) corroboran la información obtenida en la práctica de la prueba documental (informe emitido por los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología– **DOCUMENTO 37 Y 44**-).

De la realización de esta **PRUEBA DOCUMENTAL** resulta acreditado que TESAU ha aplicado un descuento del 38% de acuerdo con la fórmula antes expuesta, cuya explicación se contenía en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP (*Documento 9.C*), así como en la Nota Informativa 5/02 de la AOTEP (*Documento 9.D*).

La aplicación de este descuento ha quedado acreditada con relación a las facturas emitidas por TESAU en los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2002, con un carácter generalizado para los asociados de la AOTEP.

De las 78 empresas que han sido objeto del informe de Inspección, se ha comprobado respecto a 76, sobre la base de la documentación aportada – *Documentos 37 y 44*-, la aplicación del descuento. Entre ellas hay empresas que presentan un consumo muy elevado; es el caso de Telefonía Pública Balear, S.L. (*Documento 37.6*) y de Mantenimiento y Servicios Bernal, S.L. (*Documento*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

37.15), las cuales facturan a TESAU unas cantidades que superan, en varios meses, la cifra de los ----- euros (en consecuencia, de acuerdo con el 38% pactado, se comprueba que estas empresas se aplican para esas cantidades unos descuentos mensuales superiores a los ----- euros).

Existen 2 empresas (del total de 78) respecto de las cuales no hay prueba de la aplicación del descuento: Cetevisión; S.L. –*Documento 37.43*- (que tiene todas las facturas telefónicas que aporta individualizadas por terminal, mientras que las facturas por publicidad y los ingresos bancarios corresponden al conjunto de terminales) y Fresbur, S.L. –*Documento 37.73*- (que no aporta facturas por publicidad y declara que no las emite; la relación de movimientos en cuenta presentada por Fresbur permite comprobar que se ingresa íntegro el total a pagar que figura en las facturas emitidas por TESAU).

Según la página web de la AOTEP -en impresión obtenida en fecha 26 de noviembre (*Documento 12*)- la asociación contaba con 112 miembros.

La primera factura para la que se observa la aplicación del 38% de descuento es la emitida por TESAU en el mes de marzo de 2002; en concreto, en el día 7 de marzo. Corrobora esta circunstancia la previsión contenida en las Notas Informativas 5/02 (*Documento 9.D*) y 6/02 (*Documento 9.C*) de la AOTEP, donde se indica “*PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02*”.

No existe ninguna factura por publicidad aportada por los asociados que sea anterior al mes de marzo de 2002. Algunos asociados presentan facturas emitidas por TESAU con anterioridad a dicha fecha; con relación a estas facturas anteriores a marzo de 2002 se observa, conforme a la documentación presentada, bien su ingreso íntegro en la cuenta de TESAU -a diferencia de lo que sucede con los meses posteriores- (caso de Telefonía Pública Balear, S.L. (*Documento 37.6*); Hostelmur, S.L. (*Documento 37.32*); Incotel, S.L. (*Documento 37.19*); Publinet Balear, S.L. (*Documento 37.22*); Anduphone, S.L. (*Documento 37.45*); Vencotel, S.L. (*Documento 37.54*); Telefonía de Pago T.D.P., S.L. (*Documento 37.65*), ...), bien la aplicación de un sistema diferente de compensación (caso de Cabinas y Telefonía Pública S.L. –*Documento 37.48*-, quien para la factura del mes de febrero presenta una carta de TESAU por la que le reintegran el 25% del importe de la factura, o de Servicios Telefónicos del Archipiélago, S.L. –*Documento 37.74*- que, aunque no presente facturas emitidas con anterioridad a marzo de 2002, hace referencia a unos “*acuerdos corporativos del año 2001*”, en virtud de los cuales esta empresa habría reducido la cantidad que ha de ingresar en la cuenta de TESAU, aparte de la compensación que efectúa de la factura telefónica con la factura por publicidad: “*en los ingresos*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*parciales donde no se corresponde la liquidación con la diferencia de facturas emitidas hay que tener en cuenta la aplicación de compensaciones por acuerdos corporativos del año 2001”).*

A partir de la factura emitida en el mes de marzo, la aplicación del descuento del 38% continúa con relación a las facturas emitidas en los meses posteriores (también respecto a las facturas emitidas con posterioridad a la incoación del expediente sancionador –fecha 18 de julio de 2002-). La última mensualidad que permite examinar la documentación remitida por los Servicios de Inspección es la correspondiente a diciembre de 2002. Con relación a este mes, varios de los asociados a la AOTEP remiten información que permite comprobar que también en este mes se ha aplicado el descuento del 38% (caso de Quality Pone, S.L. –Documento 37.60-, Cytasa Comunicaciones, S.L. –Documento 37.63-, Telefourense, S.L. –Documento 37.53-, Zarco y Ramírez Telecomunicaciones, S.L. –Documento 37.70-, Fonogasteiz, S.L. –Documento 37.52-, ...)

Al margen de la propia comprobación matemática de la aplicación del descuento (calculado según la fórmula indicada al principio del relato de este HECHO PROBADO), existen una serie de **circunstancias que ya de por sí revelan el hecho de la aplicación** del mismo:

- Hay algunos asociados que, en vez de calificar por el concepto de actividad publicitaria las cantidades a descontarse de la factura de TESAU, califican expresamente tales cantidades como “descuentos”, revelando así la verdadera naturaleza de las mismas. Es el caso de Cytasa Comunicaciones, S.L. (Documento 37.63):

El resto de los asociados, siguiendo las Instrucciones que figuran en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP -Documento 9.C- (que decía que, para cuadrar contablemente el descuento había que emitir una factura a TESAU en concepto de colaboración publicitaria por el importe de la bonificación descontada, más un 16% de IVA), califican las facturas que emiten con cargo a TESAU como “Colaboración publicitaria” o “Acciones de Publicidad”. La empresa Cytasa Comunicaciones califica las facturas que emite con cargo a TESAU, y que son el resultado de aplicar la fórmula contenida en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP, como “Descuento realizado durante le mes de la fecha”. De este modo, el contenido de la factura de Cytasa es el siguiente:

Fecha

CONCEPTO	IMPORTE
Descuento realizado durante el mes de la fecha	
	Base Imponible





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IVA 16%
TOTAL

Así consta en todas las facturas que emite Cytasa desde el mes de marzo al mes de diciembre.

Existen otras empresas que, aunque califiquen la factura que emiten con cargo a TESAÚ como factura por publicidad, califican como “descuento” a esta misma factura en otros documentos:

Cabinas y Telefonía Pública, S.L. (*Documento 37.48*), si bien ingresa íntegra la factura correspondiente al mes de marzo, el descuento correspondiente a este mes lo hace efectivo al abonar la factura del mes de abril -junto al descuento correspondiente a dicho mes de abril- (en las observaciones del justificante bancario consta “Pago Recibo Mes de Abril 02 + **Descuentos** Marzo 02 y Abril 02”). De este modo, se ingresa en la cuenta de TESAÚ el resultado de restar a la factura del mes de abril tanto la cantidad que resulta de seguir la fórmula del 38% con las cifras de ese mes, como la cantidad que resulta de seguir la fórmula del 38% con las cifras del mes anterior –para el que se había omitido el descuento-.

Para explicar la corrección de la omisión, Cabinas y Telefonía Pública califica de este modo como “*Descuentos*” a las cantidades que constan en las facturas por publicidad, revelando la verdadera naturaleza de las mismas.

De modo semejante, Aratel de Gestión S.L. (*Documento 37.26*) abona íntegra la factura emitida por TESAÚ en el mes de noviembre (no descuenta el 38%), pero el error lo corrige en la mensualidad siguiente. En el justificante de ingreso bancario correspondiente a la factura de noviembre figura escrito a mano: “(ESTA FACTURA SE PAGA ÍNTEGRA) / (SE DESCUENTA 38% EN LA FACTURA DE DICIEMBRE)”. Por su parte, en el justificante de ingreso bancario correspondiente a la factura emitida en el mes de diciembre figura escrito lo siguiente: “-DTO 38% NOVIEMBRE / -DTO 38% DICIEMBRE”.

En cuanto a Aribau 33 (*Documento 37.5*), en las anotaciones a mano que figuran en la factura emitida por TESAÚ a esta empresa el día 4 de noviembre, se alude también al “*Descuento*”.

- También hay algunos asociados que han anotado a mano, al pie de las facturas emitidas por TESAÚ, las operaciones hechas en aplicación de la fórmula contenida en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP (*Documento 9.C*),



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y, al remitir copia de tales facturas en cumplimiento del requerimiento hecho por los Servicios de Inspección, así se refleja.

Así, en la copia de la factura de TESAU de fecha 7 de julio de 2002 aportada por Aribau 33 (Documento 37.5), que tiene los siguientes datos,

Telefonica de España	FACTURA	Fecha de emisión: 7 Jul.02
	Suma total (base imponible)	-----
	IVA 16%	-----
	<b>Total a pagar</b>	-----
Total descuentos en factura – -----		

puede verse escrita al pie de la factura la siguiente operación:

[**CONFIDENCIAL**]

Igualmente, en la copia de la factura de TESAU de fecha 7 de marzo de 2002 aportada por A.P.D. Electrónica, S.L. (Documento 37.44), que tiene los siguientes datos,

Telefonica de España	FACTURA	Fecha de emisión: 7 Mar.02
	Suma total (base imponible)	-----
	IVA 16%	-----
	<b>Total a pagar</b>	-----

puede verse escrita al pie de la factura la siguiente operación:

[**CONFIDENCIAL**]

Estas operaciones figuran también en las facturas emitidas a A.P.D. Electrónica el 7 de abril y el 7 de julio de 2002. En esta última (que es por un importe total de ----- euros) figura escrito: [**CONFIDENCIAL**].

Asimismo, en las copias de las facturas emitidas por TESAU a Análisis y Desarrollo de Redes, S.L. de fecha 7 de abril, 7 de junio, 7 de julio y 4 de septiembre de 2002 pueden verse también escritas las operaciones para aplicar el 38% de descuento (Documento 44.2).

En otras ocasiones, en las facturas emitidas por TESAU no se recogen estas operaciones matemáticas pero sí las cantidades que son resultado de realizar esas operaciones. Es el caso de las facturas emitidas a Aribau 33 por TESAU en las fechas 4 de septiembre, 4 de noviembre y 4 de diciembre de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002 (Documento 37.5), y de las facturas emitidas a A.P.D. Electrónica por TESAU el 7 de mayo y el 7 de junio de 2002 (Documento 37.44).

- Por otra parte, hay una empresa (Telefourense, S.L. –Documento 37.53–) que, en las facturas que emite con cargo a TESAU por el concepto de publicidad, hace explícita una de las operaciones que han de realizarse conforme a la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP. Así, el contenido de la factura es el siguiente:

CUOTA PUBLICIDAD - DESCUENTO	
	Subtotal
	IVA 16%
	<b>TOTAL</b>

El importe de este “DESCUENTO” que figura en la factura por publicidad emitida por Telefourense (como sustrayendo de la “CUOTA PUBLICIDAD”) coincide con el importe de los “Descuentos” que figuran en la factura telefónica emitida por TESAU para la mensualidad a la que corresponde la factura de Telefourense. Con ello se hace explícita la resta siguiente (la cual había de realizarse conforme a la fórmula antes indicada que figura en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP -*Documento 9.C*-):

$$[(BI + DESC\_APROB) \times 0.38] - DESC\_APROB$$

Siendo  $[(BI + Desc\_aprob) \times 0.38]$  lo que Telefourense califica como “CUOTA PUBLICIDAD”.

Así, si el contenido de la factura de TESAU emitida en el mes de marzo es el siguiente,

Telefonica de España	FACTURA	Fecha de emisión: 7 Mar.02
Importe servicios agrupados		-----
Descuentos		-----
	Suma total (base imponible)	-----
	IVA 16%	-----
	<b>Total a pagar</b>	-----

el contenido de la factura emitida por Telefourense es el siguiente:

Telefourense, S.L.	FACTURA
	Fecha 08-mar-02



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUOTA PUBLICIDAD - DESCUENTO		----- <div style="background-color: cyan; width: 50px; height: 10px;"></div>
Subtotal		-----
IVA 16%		-----
<b>TOTAL</b>		-----

La presencia de esta operación en una factura por publicidad (restar el “*Descuento*” que figura en la factura telefónica) revela la vinculación que existe entre la factura que emite TESAU y la factura por publicidad que emite el asociado.

Otro dato que, ya de entrada, revela esta conexión entre unas y otras facturas es el hecho de que la fecha de la factura por publicidad que emiten algunos de los asociados sea la misma que figura como fecha de la factura telefónica emitida por TESAU (lo que revela que el contenido de la factura por publicidad se ha determinado en función del contenido de la factura telefónica); hasta el punto que, cuando varía el día en que TESAU emite su factura (hasta el mes agosto es el día 7 de cada mes, y a partir de agosto es el día 4 de cada mes) varía igualmente la fecha de las facturas por publicidad que emiten estos asociados (hasta el mes agosto es el día 7 de cada mes, y a partir de agosto se pasan a emitir también el día 4 de cada mes). Es el caso de Telefonía Monetel, S.L. ([\*Documento 37.1\*](#)), Explotación de Teléfonos Públicos, S.L. ([\*Documento 37.9\*](#)), Recreativos Rocío, S.L. ([\*Documento 37.13\*](#)) y Cafetel Sur, S.L. ([\*Documento 37.28\*](#)).

Por otra parte, al remitir la documentación requerida, varios de los asociados aclaran que sólo cuentan con facturas por publicidad emitidas a cargo de TESAU desde su entrada en la AOTEP, lo que corrobora que el descuento se ha aplicado por TESAU a quienes estuvieran integrados en esta Asociación.

Así, Danyсан Telecomunicaciones, S.L.U. ([\*Documento 37.8\*](#)) manifiesta que “*le comunico que las facturas emitidas por DANYSAN Telecomunicaciones con cargo a Telefónica por el concepto de Publicidad, como se puede comprobar, son a partir del 1 de Agosto de 2002, fecha en que esta empresa ingresó en la AOTEP*” (en efecto, con relación a las facturas emitidas con anterioridad al 4 de agosto de 2002, se observa que se ingresa en la cuenta de TESAU la totalidad del importe a pagar; mientras que a partir de dicha fecha se descuenta el importe de la factura por publicidad). Asimismo, Tecnol C.B. ([\*Documento 37.12\*](#)) indica que las facturas por publicidad sólo las emite desde su entrada en la AOTEP, expresando, en este sentido que “*Que dichos documentos solamente pueden ser presentados con fecha de SEPTIEMBRE de 2002, fecha de ingreso de la empresa TECNOL CB en la asociación AOTEP*”. También Telemorvedre C.B. ([\*Documento 37.68\*](#)) pone de manifiesto que los descuentos se los aplica desde la entrada en la AOTEP:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“TELEMORVEDRE entró en la AOTEP el 1 de septiembre del 2002, hasta ese entonces esta empresa realizaba integros las facturas de TELEFÓNICA...”*

Por lo demás, la **comprobación matemática** de la aplicación del descuento, según la fórmula antes indicada, resulta **exacta** (decimales incluido) en varias mensualidades con relación a una pluralidad de asociados (ello teniendo en cuenta no sólo la comparación que ha de hacerse entre la factura telefónica y la factura por publicidad emitida por el asociado, sino, comprobando, además, cuál ha sido el ingreso en cuenta efectivamente realizado): es el caso de Telefonía Monotel, S.L. (Documento 37.1) para las facturas de mayo, junio y noviembre; de Quality Phone, S.L. (Documento 37.61) para la factura de octubre; de Vencotel, S.L. (Documento 37.54) para la factura de junio; de Explotación de Teléfonos Públicos, S.L. (Documento 37.9) para las facturas de marzo, abril, mayo, junio y julio; de Teléfonos Públicos Riojanos, S.L. (Documento 37.10) para las facturas de mayo y agosto; de Recreativos Rocío, S.L. (Documento 37.13) para las facturas de abril, mayo y junio; de Instaladora Gallega de Teléfonos, S.L. (Documento 37.14) para las facturas de mayo, junio y noviembre; de A.P.D. Electrónica, S.L. (Documento 37.44) para la factura de mayo; de Fonogasteiz, S.L. (Documento 37.52) para las facturas de junio y julio; de Comunicaciones Telefónicas Alavesas, S.L. (Documento 37.24) para la factura de abril; de Telefonía Pública Balear, S.L. (Documento 37.6) para las facturas de marzo, abril y junio; de Mantenimiento y Servicios Bernal, S.L. (Documento 37.15) para las facturas de marzo, abril y mayo, ...

Hay algunos otros casos en los que, al efectuar la aplicación de la fórmula sobre las cantidades que figuran en las facturas telefónicas, resulta cierta divergencia en el cálculo respecto a las cantidades que figuran en las correspondientes facturas por publicidad. Sin embargo, al examinar, para esos mismos casos, las cantidades efectivamente ingresadas en cuenta, se comprueba que éstas sí son el resultado matemático de aplicar las instrucciones que figuran recogidas en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP -*Documento 9.C*:-

Así, al efectuar el cálculo del descuento con la factura telefónica de julio correspondiente a Vencotel, S.L. –que es de ----- euros- (Documento 37.54), resulta una cantidad que difiere de la que figura en la factura por publicidad en un importe de 19,92 euros. Ahora bien, al efectuar la compensación entre facturas (factura telefónica y factura por publicidad) se observa también una divergencia de 23,12 euros respecto a la cantidad que consta ingresada a TESAÚ según el justificante bancario.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas divergencias desaparecen si se continúa el cálculo del descuento hasta determinar la cantidad que ha de ingresarse en la cuenta de TESAU, que resulta ser, exactamente, la misma que consta en el justificante bancario (----- euros). Ello demuestra que, materialmente y **de forma matemática**, se ha aplicado el descuento del 38% de acuerdo con las instrucciones que figuran en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP, a pesar de que la factura por publicidad dé apariencia de que hay alguna divergencia.

La misma situación se produce con la factura de octubre correspondiente a Vencotel, S.L. (Documento 37.54), con las facturas de agosto, septiembre, octubre y noviembre correspondientes a Exttega Telecom, S.L.L. (Documento 37.7), con las facturas de mayo, junio y julio de Audífonos y Teléfonos, S.L. (Documento 37.69), con la factura de junio de Unión-84, S.A. (Documento 37.4), con la factura de julio de Recreativos Rocío, S.L. (Documento 37.13), con las facturas de julio y septiembre de Instaladora Gallega de Teléfonos, S.L. (Documento 37.14), con las facturas de abril, julio y septiembre de Cytasa Comunicaciones, S.L. (Documento 37.63), y con la factura de agosto de Telefourense, S.L. (Documento 37.53).

También concurren otros casos en los que las cantidades que figuran ingresadas en la cuenta de TESAU presentan divergencias respecto a las que resultan de realizar el cálculo del descuento. Algunos de estos supuestos se deben a la comisión de errores en la determinación de las cantidades que se ingresan en la cuenta de TESAU, los cuales, una vez percibidos por el asociado, se corrigen en la mensualidad en curso. Así, al efectuar el examen de la documentación remitida por Telefonía Monetel, S.L. (Documento 37.1) correspondiente al mes de marzo, se observa que se ingresan en la cuenta de TESAU 985,27 euros **de más** respecto a la cantidad que correspondía ingresar si se aplica la fórmula de la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP. Pero al examinar la documentación remitida por esta empresa correspondiente al mes de abril se observa que se ingresa en la cuenta de TESAU una cantidad que es 985,27 euros **menor** que la que correspondería ingresar si se aplica para ese mes la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP.

Ello prueba que la divergencia se ha corregido para dar aplicación exacta a las instrucciones de la Nota Informativa 6/02.

Algo semejante sucede con Publinet Balear, S.L. (Documento 37.22) para los meses de marzo y abril, cuyas divergencias se corrigen, *exactamente*, con el ingreso correspondiente al mes de mayo.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Hay otros casos en los que, en cambio, se aprecia una corrección de las divergencias al final del ejercicio (caso de Castel Linares, C.B. –Documento 37.55–, quien, al pie de cada justificante bancario, indica a mano la diferencia que tiene la cantidad ingresada con la que corresponde ingresar conforme a las instrucciones de la Nota Informativa, y presenta un justificante bancario de “Regularización año 2002” hecho al final del ejercicio, por el que corrige esas mismas diferencias), o se hace indicación de que las partidas que pueda haber pendientes, “si las hubiera”, se regularizarán al final del ejercicio (caso de Teléfonos Técnicos Canarios, S.L. –Documento 37.23–). En algunos casos, constan aportadas por TESAU facturas de reintegro al asociado (caso de Maps Telecom, S.L. –Documento 37.49–). También hay algunos casos en los que, por falta de datos en las facturas telefónicas aportadas (en las que no consta el descuento aprobado que se ha aplicado –caso de Nueva Sertel, S.L., Documento 37.40–), o por falta de indicación del concepto por el que se hacen los ingresos (caso de Telmo, S.L. –Documento 37.17–), no puede seguirse la aplicación de las instrucciones que figuran recogidas en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP, pero sí se puede llegar a la prueba del descuento por otros elementos.

Finalmente, hay algunos casos, como el de Teléfonos Públicos de Aragón, S.L. (Documento 37.2) en que se ha de contar, en cada mensualidad, con las dos facturas emitidas por TESAU (una, por el concepto de telefonía básica, y otra, por el concepto de RDSI) a efectos de realizar los cálculos del descuento; de este modo, aplicando el descuento sobre la suma de las cantidades que figuran en las dos facturas, se obtiene la cantidad que figura por el concepto de actividad publicitaria en la correspondiente factura que emite Teléfonos Públicos de Aragón con cargo a TESAU. Lo mismo sucede con Hostelmur, S.L. (Documento 37.32) respecto a las tres facturas que, en este caso, emite TESAU (telefonía básica, RDSI y red inteligente).

A continuación se analizan los casos de las 76 empresas respecto a las cuales ha quedado acreditada la aplicación del descuento:

### *Examen de la documentación aportada por los asociados:*

La documentación aportada por 46 de los asociados permite seguir, matemáticamente, la aplicación del 38% de descuento según la fórmula mencionada, y, además, para esas 46 empresas, comprobar que la cantidad ingresada en la cuenta de TESAU es el resultado de restar el descuento así calculado al importe total que figura en la factura emitida por TESAU (lo que corrobora que el descuento se ha llevado a la práctica).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que se refiere a las 30 empresas restantes (hasta completar el número de 76 antes indicado -con relación a las cuales ha quedado acreditada la aplicación del descuento-), la prueba del descuento, en estos casos, resulta de alguno de los elementos de la documentación aportada (ya sea, en unos casos, por la comparación entre las facturas por publicidad y las facturas telefónicas, ya sea, en otros, por la comparación del importe a pagar a TESAU con la cantidad efectivamente ingresada en cuenta, o ya sea por las anotaciones a mano que figuran hechas en las facturas emitidas por TESAU). Esta documentación permite comprobar que se ha aplicado el descuento del 38%, o, en algún caso, que se ha aplicado un descuento que ronda esa cifra, que es la cuantía del descuento a que alude la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP.

*A) Examen de la documentación de los asociados que permite seguir la aplicación del descuento tanto por la comparación entre facturas como por los ingresos efectuados en cuenta:*

Como se ha señalado se trata de 46 empresas. A efectos ilustrativos, se desglosa, a continuación, la comprobación matemática hecha respecto a 20 de estas 46 empresas, incluyendo, para cada mensualidad, tanto la comparación hecha entre las facturas telefónicas y las facturas por publicidad, como la comprobación de las cantidades efectivamente ingresadas en cuenta. Finalmente, se hace indicación de las 26 empresas restantes para las que el descuento se puede comprobar en los mismos términos:

**[CONFIDENCIAL]**

*B) Examen de la documentación de los asociados que permite comprobar la aplicación del descuento en otros términos:*

En cuanto a las restantes entidades (son 30 empresas, que a continuación se mencionan) –con las que se completa el número de 76 antes indicado, con relación a las cuales ha quedado acreditada la aplicación del descuento-, la documentación aportada revela en alguno de sus elementos (en algunos casos por la comparación entre facturas, en otros por el análisis de los ingresos efectuados en cuenta, por las anotaciones que figuran hechas en las facturas, o, en general, por otras circunstancias), la aplicación del 38% de descuento, o de un



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

descuento en torno a dicha cantidad, que es la cuantía del descuento a que alude la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP.

En algunos supuestos se ha efectuado la comparación entre facturas (entre las facturas telefónicas y las facturas por publicidad) poniendo directamente en relación las cantidades que figuran en tales facturas como TOTALES A PAGAR. De esta operación ha de resultar, matemáticamente, un porcentaje de descuento algo menor que el que se obtiene de seguir las instrucciones de la Nota Informativa (en concreto, la variación depende de la cuantía que tenga el descuento administrativamente aprobado, que figura como una variable que se han de tener en cuenta al seguir las instrucciones de la mencionada Nota Informativa, variable de la que, en cambio, se prescinde cuando se efectúa esa comparación directa).

Los datos correspondientes a las treinta empresas mencionadas son los siguientes:

**[CONFIDENCIAL]**

De todo lo anterior resulta acreditado la aplicación por TESAU a los asociados de la AOTEP de un 38% de descuento en la facturación telefónica.

### **Consideración de las alegaciones de TESAU sobre el presente Hecho Probado:**

En su escrito de alegaciones de 1 de julio de 2003, TESAU no rebate estas operaciones, se limita a destacar que hay supuestos en los que las operaciones presentan divergencias. A partir de ahí, niega todavía la evidencia de la aplicación del descuento y afirma con rotundidad que *“nunca ha existido el 38% de descuento”*. Ello, a pesar de todos los cálculos en los que la coincidencia matemática es exacta incluso en los decimales, a pesar de todos los cálculos en los que la coincidencia es exacta salvo en los decimales, a pesar de todos los cálculos en los que la coincidencia es exacta al determinar la cuantía de la factura por publicidad, pero se produce una ligera divergencia al efectuar el ingreso en cuenta, y, finalmente, a pesar de los supuestos en los que las divergencias son tan escasas que no se acercan al 1%. Se trata, además, de operaciones que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corroboran diversos otros documentos de juicio (las Notas Informativas de la AOTEP, las facturas de los asociados -recabadas por la Inspección- en las que se menciona expresamente el 38% de descuento, las alegaciones de diversas empresas del sector...).

TESAU no hace en su escrito ningún cálculo, ni aporta justificación alguna por la que se compruebe, como pretende, que, en realidad, todas esas operaciones (que corroboran esos otros documentos de juicio) son obra de la casualidad, y que, en cambio, demuestre que las cantidades ingresadas responden al cálculo de 0,003 euros por quincena y persona que acceda al establecimiento, ya que según alega TESAU ése es el sistema de retribución que habría estado vigente (en contra, por lo demás, de lo alegado por el Gerente TUP de TESAU y el representante de AOTEP, que se remitieron al acuerdo de retribuir la publicidad a razón de 1,25 pesetas / minuto de comunicación, como el acuerdo vigente).

¿Cómo explica TESAU que, en la factura por publicidad emitida por Telefourense, conste que se descuenta a la cuota por publicidad una cantidad tan peregrina como es el descuento aprobado que figura en la factura telefónica emitida por TESAU, si no es aplicación de la fórmula contenida Nota Informativa de la AOTEP, cuya veracidad sigue negando TESAU?

¿Cómo explica TESAU que en la documentación recabada de diversos asociados por la Inspección se haga referencia expresa al 38% de descuento?

En esta línea de negar la evidencia, TESAU afirma, con relación a las 26 empresas en las que la Propuesta de Resolución no desglosa la comprobación matemática por las dos vías antes mencionadas (comparación entre facturas y consideración del ingreso efectuado en cuenta), que no hay prueba de la aplicación del descuento y que no es cierto que el mismo se aplique.

La prueba de la aplicación del descuento la tiene TESAU en el expediente administrativo. Ha de recordarse en fechas 25 de marzo y 2 de abril de 2003, TESAU tomó vista del expediente (*Documentos 39 y 40*) y le fue entregado por el Instructor fotocopia de la totalidad de la documentación correspondiente a los asociados de la AOTEP aportada por la Inspección.

Por supuesto, recoger en la Resolución el desglose de los cálculos correspondientes a la totalidad de las empresas objeto de inspección exigiría redactar más de un millar de folios.

Obtenida la comprobación de la aplicación del descuento por una serie de entidades ya ha quedado demostrada, en realidad, la veracidad de las Notas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Informativas de la AOTEP en que se hacía alusión a tal descuento. No obstante, se practicó un análisis de la totalidad de las empresas de las que se había obtenido información.

En cualquier caso, se aportan, a continuación, desglosados también (como los otros 20), un par de ejemplos de que con relación a esas 26 entidades, asimismo, puede comprobarse el descuento; ejemplos, los cuales corresponden a empresas que presentan una facturación bastante elevada:

- El contenido de las facturas de Telefonía Pública Balear correspondientes al mes de **MARZO** es el siguiente (*Documento 37.6*):

<b>Factura emitida por TESAU con cargo a Telefonía Pública Balear:</b>
Fecha: <b>7.Mar.02</b>
Descuentos: ----- euros
Suma total (base imponible): ----- euros
Total a pagar (IVA 16%): ----- euros

<b>Factura emitida por Telefonía Pública Balear con cargo a TESAU:</b>
Fecha: <b>03/04/02</b>
Concepto: <i>Colaboración Publicitaria Mes Marzo:</i> ----- euros
Total (IVA 16%): ----- euros

Siguiendo las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 han de realizarse las siguientes operaciones:

Base imponible: -----  
Descuentos: + -----  
38%

-----  
= -----

Descuentos: - -----  
-----  
= -----

La cantidad que resulta de realizar las operaciones anteriores (-----) es la misma cantidad que figura en la factura emitida por Telefonía Pública Balear por el concepto Colaboración Publicitaria (-----).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tomando la cantidad de ----- euros, que es el total a pagar a TESAU según la factura emitida por esta entidad, una vez aplicado el IVA, si a dicha cantidad se le restan los ----- euros, que es el total con IVA que figura en la factura emitida por Telefonía Pública Balear, se obtiene la cantidad de ----- euros, que es la misma cantidad (----- euros) que figura en el justificante bancario emitido por -----, como transferencia efectuada el 03-04-2002, a favor de Telefónica de España, S.A..

- El contenido de las facturas de Mantenimiento y Servicios Bernal correspondientes al mes de **MARZO** es el siguiente (*Documento 37.15*):

<b>Factura emitida por TESAU con cargo a Mantenimiento y Servicios Bernal:</b>
Fecha: <b>7.Mar.02</b>
Descuentos: ----- euros
Suma total (base imponible): ----- euros
Total a pagar (IVA 16%): ----- euros

<b>Factura emitida por Telefonía Pública Balear con cargo a TESAU:</b>
Fecha: <b>07/03/02</b>
Concepto: <i>Colaboración Publicitaria del mes de Marzo</i> : ----- euros
Total (IVA 16%): ----- euros

Siguiendo las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 han de realizarse las siguientes operaciones:

Base imponible: -----  
Descuentos: + -----  
38%

-----  
= -----

Descuentos: - -----

-----  
= -----





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La cantidad que resulta de realizar las operaciones anteriores (-----) es la misma cantidad que figura en la factura emitida por Telefonía Pública Balear por el concepto Colaboración Publicitaria (-----).

Tomando la cantidad de ----- euros, que es el total a pagar a TESAU según la factura emitida por esta entidad, una vez aplicado el IVA, si a dicha cantidad se le restan los ----- euros, que es el total con IVA que figura en la factura emitida por mantenimiento y Servicios Bernal, se obtiene la cantidad de ----- euros, que es la misma cantidad (----- euros) que figura en el justificante bancario emitido por -----, como transferencia efectuada el 18/03/2002, a favor de Telefónica de España, S.A..

En cuanto al grupo restante de 30 entidades, TESAU dice que tampoco está probado el descuento.

Pues bien, no ha de olvidarse que respecto a estas entidades la documentación aportada no permite comprobar el descuento por las dos vías coincidentes que se acaban de exponer (esto es, comparando, por una parte, la factura telefónica con la factura por publicidad, y comparando, por otra parte, la factura telefónica con la cantidad ingresada en cuenta).

No obstante, a modo de ejemplo, sobre la realidad de la aplicación del descuento con relación a esas 30 entidades para las que TESAU dice que no concurre la aplicación de un 38% de descuento, se ofrece también un par de casos:

- El contenido de las facturas de (Nueva) Sabitel correspondientes al mes de **ABRIL** (que es el primer mes para el que esta empresa aporta facturas) es el siguiente (*Documento 37.66*):

<b>Factura emitida por TESAU con cargo a Sabitel:</b>
Fecha: <b>7.Abr.02</b>
Descuentos: ----- euros
Suma total (base imponible): ----- euros
Total a pagar (IVA 16%): ----- euros

<b>Factura emitida por Telefonía Pública Balear con cargo a TESAU:</b>
Fecha: <b>4 de abril de 2002</b>
Concepto: <i>Acciones de publicidad del mes de Febrero de 2002:</i> ----- euros
Total (IVA 16%): ----- euros



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Siguiendo las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 han de realizarse las siguientes operaciones:

Base imponible: ----

Descuentos: + -----

38%

---

= ----

Descuentos: - -----

---

= -----

La cantidad que resulta de realizar las operaciones anteriores (----) es la misma cantidad que figura en la factura emitida por Telefonía Pública Balear por el concepto Colaboración Publicitaria (-----).

- El contenido de las facturas de Aragonesa Sistemas Telefónicos correspondientes al mes de **ABRIL** (que es el primer mes para el que esta empresa indica la cantidad ingresada en cuenta) es el siguiente (*Documento 37.67*):

Esta empresa tiene todas sus facturas telefónicas (que son varios cientos) individualizadas por terminal; por eso, no puede hacerse la comparación entre facturas telefónicas (individualizadas por terminal) y facturas por publicidad (agrupadas para todos los terminales). Para las facturas emitidas el 22 de abril de 2002, esta empresa anota en la factura telefónica la cantidad ingresada en cuenta. Para el terminal ----- constan los siguientes datos:

<b>Factura emitida por TESAU con cargo a Aragonesa de Sistemas :</b>
Fecha: <b>22.Abr.02</b>
Terminal: -----
Descuentos: ----- euros
Suma total (base imponible): ----- euros
Total a pagar (IVA 16%): ----- euros

<b>Anotación sobre pago hecho por Aragonesa de Sistemas a TESAU:</b>
----- euros



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Siguiendo las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 han de realizarse las siguientes operaciones:

Base imponible: ----  
Descuentos: + -----  
38%

---

= -----

Descuentos: - -----

---

= -----

Esta cantidad, conforme a la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP es la cuota por publicidad. Sobre ella, se ha de aplicar un 16% de IVA, obteniéndose la cantidad de -----. Si esta cantidad se resta al total a pagar a TESAU (-----euros), según la factura emitida por este operador, se obtiene la cantidad de -----, que es la misma cantidad que figura anotada en la factura, como pago a realizar a TESAU (-----).

Ello que demuestra que también para estas entidades, como para las restantes objeto de Inspección, se ha aplicado el descuento del 38%.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEGUNDO.- Que el acuerdo en virtud del cual TESAU realiza retribuciones por el concepto de actividad publicitaria a los asociados de la AOTEP -calculadas de acuerdo con lo señalado en el Hecho Probado anterior- no responde a una causa verdadera.**

Este hecho resulta probado por el contenido de la Notas Informativas de la AOTEP (Documento 9.C, Documento 9.D y Documento 9.E).

Con relación a la publicidad que supuestamente se ha de realizar, lo que los tres documentos mencionados reflejan es la existencia de una oferta de TESAU para aplicar un descuento, y la solución que se ha de tomar para encubrir dicho descuento: calificar la cantidad descontada como retribución publicitaria. Ello prueba que la retribución por publicidad carece de causa, y que se trata, en realidad, de un sistema para encubrir la aplicación de un descuento:

a) En la **Nota Informativa 6/02** (Documento 9.C) consta lo siguiente:

*“(…)*

*A la base imponible de la factura le sumamos los descuentos por tráfico realizados.*

*A la nueva base imponible **le aplicamos el 38% de descuento** y le sumamos el IVA. **Ésa es la cantidad que tendremos que ingresar en la cuenta de Telefónica.***

<i>Nueva base imponible</i>	<i>1.100Ptas.</i>
<i>Menos: 38% de descuento</i>	<i>418 Ptas.</i>

<i>TOTAL</i>	<i>682 Ptas.</i>
<i>+16% IVA</i>	<i>100Ptas.</i>
<i>Total a ingresar a Telefónica</i>	<i>791 Ptas.</i>

*Disponemos de 10 días hábiles desde la fecha de pago (día 7 de cada mes) para realizar el ingreso en la cuenta notificada por Telefónica.*

*Factura del asociado a Telefónica:*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**La base de esta factura será el 38% descontado (418 Ptas.) menos los descuentos por tráfico menos los descuentos por tráfico emitidos en la factura original de Telefónica (100 Ptas.)**

Base factura a Telefónica	318 Ptas.
+ 16% IVA	51 Ptas.
Total factura	369 Ptas.

**De esta forma nuestros saldos contables y el IVA quedarán totalmente compensados.**

b) En la **Nota Informativa 5/02** (Documento 9.D) consta lo siguiente:

“(...)

Cuando recibamos la factura, realizaremos una autoliquidación de la siguiente forma:

Cogemos la Base Imponible de la factura recibida, y a la misma le sumamos los importes aplicados por descuentos de tráfico (Plan Universal). La cantidad resultante será nuestra nueva Base.

A esta nueva Base, **le aplicamos un 38% de descuento**. A la cantidad resultante le añadimos el 16% de IVA. Este es el importe que deberemos abonar a TELEFÓNICA.

(...)

**Para poder cuadrar nuestra contabilidad**, y salvo cambio de procedimiento que sería anunciado convenientemente, **deberemos hacer lo siguiente:**

**Emitir factura a TELEFÓNICA por el importe de la bonificación descontada + 16% IVA.**

(...)

La factura NO la debemos enviar a Telefónica.

**La suma del pago efectuado a TELEFÓNICA más esta factura deberá cuadrar con el importe de la factura inicial emitida por TELEFÓNICA.”**

c) En el otro documento que se identifica como **Nota Informativa 6/02** (Documento 9.E) se señala:

“(...)

En relación al límite de crédito, TELEFÓNICA nos informa que para su cálculo se ha estimado un 50% del consumo actual mensual de cada una de las empresas. El límite de crédito se rebasará cuando nuestra facturación supere esta cifra más el **porcentaje de descuento que nos aplicaremos (38%)**, por lo que estamos hablando de un límite cercano al 90% de nuestra facturación mensual”

(...)”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estos documentos no están reflejando una forma de organizar y retribuir una publicidad que se quiera llevar a cabo, sino la forma de aplicar un descuento y de calificarlo como publicidad para poder cuadrar la contabilidad.

En cada uno de los tres documentos se califica además a la cantidad en cuestión como “*descuento*” que se quiere aplicar en la facturación telefónica.

La veracidad de las afirmaciones contenidas en tales Notas Informativas ha resultado acreditada por la documentación remitida por los Servicios de Inspección del Ministerio con relación a las operaciones a seguir para aplicar un descuento del 38% (Hecho Probado primero). Ello implica la autenticidad de tales Notas informativas (como documentos internos de la AOTEP) y que su contenido es veraz, también en lo que respecta a la simulación de la publicidad.

Existen ciertas circunstancias que, aparte del propio contenido de las Notas Informativas mencionadas, confirma la falta de causa de la retribución publicitaria:

- Como se ha indicado en el Hecho Probado primero, en ciertos documentos correspondientes a los asociados a la AOTEP, remitidos por los Servicios de Inspección de Telecomunicaciones, se califican como “descuentos” a las cantidades que se facturan con cargo a TESAÚ. Ello revela que tales cantidades son, en realidad, descuentos realizados por TESAÚ, y no la retribución de una actividad publicitaria.

Es el caso de Cytasa Comunicaciones, S.L. (Documento 37.63), Cabinas y Telefonía, S.L. (Documento 37.48), Aratel de Gestión, S.L. (Documento 37.26), y de Aribau 33 (Documento 37.5).

- La factura por publicidad presentada por Telefourense, S.L. (Documento 37.53), en la que se hace explícita una de las operaciones a realizar conforme a las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP, revela la falta de causa de la actividad publicitaria: En efecto, el hecho de que en la factura por publicidad conste cómo a la *Cuota de publicidad* ha de restársele el importe de los *Descuentos* aplicados en la factura telefónica (que nada pueden tener que ver con la actividad publicitaria) refleja que la publicidad carece, en realidad, de causa.
- El propio hecho de que las pegatinas de “Telefónica”, que supuestamente eran objeto de retribución a los asociados, apenas se hayan instalado corrobora que las mismas no constituyen la verdadera causa de la retribución.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta falta de realización práctica de la publicidad supuestamente retribuida (colocación de las pegatinas de TESAU en los terminales de uso público de los asociados o junto a los mismos) resulta de los siguientes elementos de juicio que obran en el expediente:

### 1) La prueba testifical:

El representante legal de PLASTIC CARDS y el de ESCOITÓFONO declaran que, hasta donde tienen conocimiento, la actividad publicitaria no se realiza:

El representante de PLASTIC CARDS (*Documento 25 –Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del representante legal de Plastic Cards Systems, S.L.-*) declara lo siguiente:

“(...)

11ª A la pregunta si con anterioridad existían otros descuentos semejantes por el concepto de publicidad, **responde Sí, solicitada aclaración por el Instructor sobre tales descuentos responde que la idea la propuso él en su condición de Presidente de la AOTEP y la negoció con TELEFÓNICA consistiendo en descuentos sobre tráfico. Por razón de publicidad TELEFÓNICA se comprometía a suministrar los soportes publicitarios que nunca llegaron. Solicitada nueva aclaración por el Instructor declara que esos descuentos se negociaban por la Asociación para todos los asociados y consistían en un modelo combinado de descuento por Tráfico en función de modalidades (provincial, nacional...etc) y una cantidad fija por mantenimiento de línea activa de uso público.**

12ª A la pregunta si conoce si existían asociados a la AOTEP que percibieran esos descuentos y no realizaran la actividad que correspondía a esos descuentos, **responde que TODOS.**

13ª A la pregunta si conoce si en la actualidad [fecha de la declaración: 12 de diciembre 2002] existen asociados a la AOTEP que perciban esos descuentos y no realicen la actividad publicitaria, **responde Sí. El representante legal de TELEFÓNICA interviene para preguntar si todos los miembros de la AOTEP no tienen en la actualidad publicidad de TELEFÓNICA respondiendo que no lo sabe en esa generalidad de todos pero sí sabe que no tienen dicha publicidad los compañeros de su zona de influencia correspondiente a Málaga y Cádiz, sobre los compañeros manifiesta que son la competencia. Hace constar que la expresión “compañeros” no se refiere a una especial relación de amistad ni enemistad con ellos.**

(...)”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El representante de ESCOITÓFONO (Documento 26 –Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del representante legal de Esciotófono, S.L.-) declara lo siguiente:

“(...)

12ª A la pregunta de si en la actualidad existe algún miembro de la AOTEP que esté percibiendo esos descuentos sin realizar actividad publicitaria en los terminales de moneda **responde que no conoce todos los terminales que tienen asociados pero particularmente en el Bar ---- sito en ----- frente al nº --- está instalado un teléfono de SISTELCOM y no tiene ninguna referencia sobre TELEFÓNICA, manifestando que como este ejemplo podría traer quinientos, a dicha manifestación el representante legal de TELEFÓNICA solicita que identifique esos quinientos ejemplos, manifestando el declarante que nos los tiene aquí.”**

### 2) La inspección realizada por los Servicios de Inspección del Ministerio:

De las 150 direcciones objeto inspección, el informe remitido por los Servicios de Inspección (Documento 37) aporta la siguiente información:

<i>“Fichas realizadas:</i>	119
<i>Locales sin teléfono actualmente:</i>	5
<i>Locales que después de dos visitas estaban cerrados:</i>	26”

No obstante se ha comprobado que las fichas realizadas son 120 y no 119.

De las 120 “*Fichas realizadas*”, correspondientes a los terminales de uso público efectivamente inspeccionados, en 100 de ellas la empresa identificada por los Servicios de Inspección como entidad a la que corresponde el terminal es una entidad asociada a la AOTEP. Según resulta del informe de Inspección, en 99 de estos 100 terminales no figura publicidad alguna de *Telefónica* (ni en el mismo teléfono –esto es, “*en el terminal de uso público*”-, ni “*en el local comercial*” en el que dicho teléfono se encuentra); en el caso restante la ficha está incompleta y no puede determinarse si hay o no publicidad de *Telefónica*.

En cuanto a las 20 fichas restantes hasta completar el total de 120, en el informe de Inspección figura la siguiente información:

- 5 figuran como terminales de titular desconocido.
- En 10 la empresa que se identifica “*en el terminal*” o “*junto al terminal*” es *Telefónica*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Finalmente, 2 figuran a nombre de *Comytel*, en 1 figura *Madritel* identificada junto al terminal, en 1 figura el dueño del establecimiento como propietario del terminal y, finalmente, 1 corresponde a la entidad "*Puerto de Cotos*", que, aunque según el informe de inspección, se identifica en el terminal como asociado a la AOTEP, fue expulsado de la Asociación en octubre de 2001 (*Documento 25*).

En estas últimas cinco fichas no figura publicidad de *Telefónica*; si bien el dato carece de relevancia a los efectos de este procedimiento por no estar asociados a la AOTEP los titulares del terminal.

Todos estos casos se detallan a continuación, a excepción de las cinco últimas fichas mencionadas:

A) *De los 100 casos en que el informe identifica, como titular del terminal, a empresas que están asociadas a la AOTEP, la inspección arroja el siguiente resultado:*

- Terminales que corresponden a la entidad "*Sistelcom-Telemensaje, S.A.*":  
47

Estos terminales aparecen identificados en las fichas de inspección con la denominación "*Sistelcom*" o "*Sistelcom Telemensaje*". Según resulta del informe elaborado, en 23 de los 47 terminales se identifica a *Sistelcom-Telemensaje, S.A.* como entidad asociada a la AOTEP.

Según el informe de Inspección, en ninguno de los 47 terminales figura publicidad de *Telefónica*.

- Terminales que corresponden a la entidad "*La Botella de Pepe, S.L.*":  
14.

Todos estos terminales excepto uno (que aparece a nombre de "*La Botella de Pepe*") aparecen identificados en las fichas de inspección como terminales con la denominación "*Publicphone*". Si se comprueban las direcciones correspondientes a tales terminales con las direcciones que figuran en las impresiones que se realizaron de las *Páginas Blancas* para configurar el listado de terminales objeto de inspección (Anexo I al *Documento 14*) se observa que todas esas direcciones corresponden a terminales de la empresa "*La Botella de Pepe, S.L.*".



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En 9 de estos 14 terminales se identifica a la empresa titular como entidad asociada a la AOTEP, lo que acredita que esta empresa es un miembro de dicha Asociación.

Según el informe de Inspección en ninguno de los 14 terminales figura publicidad de *Telefónica*.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Nueva Sertel, S.L.*”: 7

Estos terminales aparecen identificados en las fichas con la denominación “*Nueva Sertel, S.L.*”. En 3 de estos 7 terminales se identifica a la empresa como entidad asociada a la AOTEP; de hecho, en uno de ellos se precisa, según indica el informe de Inspección, que se trata del asociado número 81º.

De acuerdo con el informe emitido por los Servicios de Inspección, en ninguno de estos 7 terminales aparece publicidad de *Telefónica*.

- Terminales que corresponden a la entidad “*World Phone 97, S.L.*”: 9

Estos terminales aparecen identificados en las fichas realizadas con la denominación “*World Phone*”, “*World Phone 97*” o “*World Phone, S.L.*”. Del informe de Inspección resulta que la identificación de la empresa se ha hecho, en la mayoría de los 9 casos, por aparecer su denominación en la pantalla al descolgar el terminal.

En estos terminales no se identifica a la AOTEP como asociación a la que la empresa pertenece; si bien, esta circunstancia resulta del *Documento 9.F* del expediente, aportado por PLASTIC CRDS en fecha 25 de abril de 2002. En concreto, en el Anexo 16 a este documento (“*Asociados Madrid*”) se menciona a *World Phone 97* como empresa asociada a la AOTEP.

De acuerdo con el informe de Inspección, no figura publicidad de “*Telefónica*” en ninguno de los 9 terminales inspeccionados.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Quality Phone, S.L.*”: 8

Se identifican estos terminales con el nombre de la empresa (“*Quality Phone*”, “*Quality Phone, S.L.*”). En 6 de estos 8 terminales se identifica a esta empresa como asociada a la AOTEP.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para 7 de los 8 terminales inspeccionados el informe manifiesta que no figura publicidad de “*Telefónica*”. En el otro terminal, la ficha realizada aparece incompleta y el apartado relativo a si figura o no publicidad de Telefónica (ya “en el terminal de uso público”, ya “en el local comercial”) no se encuentra cumplimentado.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Exttega Telecom, S.L.*”: 11

Se identifican con la denominación “*Exttega Telecom, S.L.*”, “*Exttega*” o “*Exttega Telecom*”. En 3 de estos 11 terminales se identifica a esta empresa como asociado a la AOTEP.

En ninguno de los 11 terminales figura publicidad de *Telefónica*, según el informe de Inspección.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Sabitel, S.L.*”: 2

Estos terminales aparecen con la denominación “*Sabitel*”. En uno de los terminales se identifica a la AOTEP como Asociación a la que la empresa pertenece.

En ninguno aparece publicidad de Telefónica.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Marcuelli, S.L.*”: 1

Se identifica a la empresa, con su denominación social, como asociada a la AOTEP. No figura publicidad de *Telefónica*.

- Terminales que corresponden a la entidad “*Macu Machines, S.L.*”: 1

Esta empresa se identifica con la denominación “*Macu Machine*”. No se hace alusión a su condición de asociado a la AOTEP; no obstante, la pertenencia de esta empresa a dicha Asociación resulta del *Documento 9.J* del expediente, documento que ha sido aportado por TESAÚ en fecha 18 de junio de 2002. En concreto, en el Anexo 7 a este *Documento 9.J* se menciona a *Macu Machines, S.L.* como miembro del grupo AOTEP.

No figura publicidad de *Telefónica*.

*B) Casos en que se indica que el titular del terminal es desconocido:*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ya se ha indicado se trata de 5 fichas.

De estas 5 fichas, en 3 de ellas se señala que no figura publicidad de *Telefónica*, pero, al no constar la identificación de la empresa titular ni tampoco una identificación de la AOTEP, estos casos no son objeto de valoración.

En otro de los 5 casos, a pesar de que no se identifica la empresa titular, sí señala el informe de Inspección que figura una identificación de la AOTEP. No obstante, el apartado de la ficha relativo a si figura o no publicidad de *Telefónica* no se encuentra cumplimentado, por lo que este caso tampoco podrá ser objeto de valoración.

Finalmente, en el caso restante, se señala -pese a no haberse podido identificar la empresa titular- que sí hay en el terminal una identificación de la AOTEP y que no hay publicidad de *Telefónica*.

Este terminal se corresponde con la dirección C/ -----, la cual figura en el listado correspondiente a la empresa "*Quality Phone, S.L.*", que fue impreso de las *Páginas Blancas* para confeccionar el listado de terminales objeto de inspección (Anexo I al *Documento 14*). Este dato corrobora que se trata del terminal de una de las empresas asociadas a la AOTEP.

### C) Casos en que se identifica a *Telefónica*:

Finalmente, de entre las direcciones proporcionadas para realizar el informe de inspección (confeccionadas con los listados de las *Páginas Blancas* sobre ubicación de los terminales de asociados a la AOTEP), existen diez casos en los que sí se identifica a *Telefónica*, pudiéndose concluir, por tanto, que en estos casos existe publicidad a favor de este operador, salvo en uno de ellos: De entre los diez casos, en uno (el correspondiente a la dirección C/ -----; se trata del local -----) el informe especifica que la identificación de *Telefónica* como empresa a la que aparece vinculado el terminal se ha realizado por manifestación del encargado ("*TELEFONICA según el encargado*"), aclarando el informe, en lo que interesa a la publicidad, que no figura publicidad de *Telefónica* (ni "*en el terminal de uso público*" ni "*en el local comercial*").

Por lo tanto, de los 109 casos que pueden considerarse, correspondientes a empresas asociadas a la AOTEP, en 100 no había publicidad de TESAU, lo que supone el 91,74%.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello prueba que la publicidad que supuestamente se retribuye apenas se ha llevado a la práctica.

Todo lo anterior prueba que la retribución publicitaria pactada por TESAU con la AOTEP carece de causa, siendo su verdadera causa la aplicación de un descuento en la facturación telefónica.

### **Consideración de las alegaciones de TESAU sobre el presente Hecho Probado:**

TESAU dice que el método utilizado para determinar la ubicación de los terminales (las *páginas blancas*) es un método incorrecto, porque con carácter general los terminales de uso público no constan en tales páginas.

Sin embargo, las direcciones inspeccionadas por los Servicios del Ministerio se corresponden con las ubicaciones que aparecen en las impresiones de la página *web* correspondiente a las páginas blancas (Anexos al Documento 14 del expediente). El Informe de los Inspectores hace constar: el local de uso público al que corresponde la dirección inspeccionada (nombre del bar o cafetería, normalmente), la existencia en el mismo de un teléfono de uso público, la empresa a que el mencionado teléfono corresponde (que coincide con la que figura en la impresión de las páginas blancas), la identificación que se hace en el terminal de la empresa como una de las entidades asociadas a la AOTEP y el hecho de si figura o no publicidad de TESAU, que en más del 90% de los casos resulta ser que no.

En cualquier caso, el hecho de que la publicidad de TESAU existiera no empecería al hecho de que la publicidad en cuestión no obedece a una causa verdadera, y ello lo prueban las Notas Informativas de la AOTEP.

Lo que estas Notas Informativas reflejan no es la intención de realizar una actividad publicitaria a TESAU y retribuirla de una determinada manera, sino intención de descontarse un 38% de la factura telefónica y el propósito de encubrirlo bajo la apariencia de realización de una actividad publicitaria (**“Para poder cuadrar nuestra contabilidad”** se dice). Por eso la publicidad no es la causa verdadera.

El hecho de que las pegatinas se hubieran instalado sólo revelaría que TESAU habría sido más diligente al encubrir el descuento, pero la causa de las facturas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por publicidad seguiría sin ser la realización de una actividad publicitaria (ya que obedecen a la intención de aplicar un descuento en la facturación).

Han de ponerse de relieve, además, ciertas circunstancias a raíz de la información aportada por TESAU:

Las cartas que ahora aporta TESAU (sin acuse de recibo alguno), en las que el Gerente TUP se dirige a los asociados a la AOTEP recordando la necesidad de poner las pegatinas, son del siguiente tenor literal:

*“... me comentan que han observado que encuentran deficiencias en el cumplimiento de nuestro Acuerdo de Publicidad y Marketing (no hay pegatinas...) (...*

*Insisto por otro lado en que sigáis poniendo vuestra pegatina identificativa de AOTEP para facilitarnos la labor de inspección, pues la manera más ágil de3 identificar vuestras instalaciones.”*

Pues bien, pese a que se dice que se observan esas “deficiencias en el cumplimiento”, lo cierto es que los descuentos se aplican igual (y eso que su valor es muy elevado: hay empresas de la AOTEP que se descuentan más de 35.000 euros al mes por esa “publicidad”). Ahora bien, lo que llama la atención del escrito en cuestión es que la pegatina resulta ser una pegatina “*identificativa de AOTEP*” y no TESAU.

En efecto, las pegatinas aportadas por TESAU, como documento 8 anexo a su escrito de alegaciones son, en realidad, pegatinas de AOTEP. Se hace en ellas una identificación de TESAU, pero esta identificación es comparativamente mucho menor:

La pegatina en cuestión tiene 12,7 cm. De ellos, 11,2 cm se dedican a la identificación de la AOTEP, señalando: “*Teléfono Público AOTEP / Teléfono gestionado por empresa miembro de la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público de España*”. Los 1,5 cm restantes se dedican a la identificación de TESAU, señalando: “*Este teléfono realiza las llamadas con la calidad de las líneas de Telefónica*”.

De hecho, las letras de la palabra “Telefónica” tienen una anchura menor que las de la palabra AOTEP.

Por tanto, las alegaciones de TESAU no desvirtúan el hecho de que la publicidad carece de causa verdadera, sino que lo corroboran.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**TERCERO.- Que TESAU ha vinculado la percepción de las retribuciones que se han identificado por el concepto de “Actividad publicitaria” al hecho de cursar el tráfico con ella.**

Ante todo, este hecho resulta probado de la propia organización del descuento. El pago de las facturas por publicidad que TESAU tiene que realizar a los asociados de la AOTEP se ha calculado *descontando un porcentaje del importe que tiene la factura telefónica que TESAU emite* con cargo a esos asociados (Hecho Probado primero). Ello implica que un asociado a la AOTEP únicamente puede percibir estas cantidades de TESAU si cursa su tráfico con este operador, puesto que el modo en que se calcula la retribución tiene como punto de partida el hecho de que TESAU emita una factura al asociado por el servicio telefónico que le presta.

Existen otros elementos de juicio que obran en el expediente que evidencian la vinculación que hay entre la percepción de la retribución que se identifica como “Actividad publicitaria” y el hecho de cursar el tráfico con TESAU:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La declaración testifical del Gerente TUP de TESAU: En su declaración, el Gerente TUP manifiesta que el objeto de la publicidad es hacer ver al usuario “que la llamada que está efectuando se cursa a través de TELEFÓNICA”, lo que demuestra que la percepción del descuento, con la que formalmente se retribuye esta publicidad, sólo tiene lugar si se cursa el tráfico con TESAU:

“(…)

*3ª A la pregunta de en qué consiste dicha actividad de publicidad o marketing responde que la misma consiste en que las instalaciones de esos asociados a la AOTEP se lleva a cabo una actividad de publicidad de TELEFÓNICA por la que se retribuye. El Instructor solita aclaración relativa a en qué consiste la instalación referida y responde que se trata de los domicilios donde los asociados a la AOTEP explotan los terminales de uso público. La publicidad consiste en la exhibición de un distintivo que aclare al usuario que la llamada que está efectuando se cursa a través de TELEFÓNICA.*

“(…)”

*(Documento 28 –Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del Gerente TUP)*

- Las Notas Informativas de la AOTEP: Los documentos correspondientes a la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP (Documento 9.C y Documento 9.E) reflejan este hecho.

En el *Documento 9.C* consta lo siguiente:

“(…)”

PROCEDIMIENTO ASOCIADOS AOTEP A PARTIR 7-MARZO-02
---

### EJEMPLO PRÁCTICO DE AUTOLIQUIDACIÓN

***Estas condiciones serán de exclusiva aplicación para aquellos asociados que hallan firmado y presentado el correspondiente contrato emitido por TELEFÓNICA.***

“(…)”

A continuación, este documento recoge las operaciones que se han de realizar para aplicar el descuento del 38%.

En el *Documento 9.E* se hace referencia al descuento del 38% como una condición que aplica TESAU a los asociados que deseen trabajar con este operador:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Tras la reunión mantenida esta misma mañana [22 de febrero de 2002] entre miembros de la Junta Directiva de esta Asociación y la Gerencia de TELEFÓNICA (contenido de cuyo Acta se adjunta), os indicamos ahora la forma de proceder que debemos seguir:*

***Todos los Asociados de AOTEP que deseen trabajar con TELEFÓNICA deberán firmar el contrato que les ha hecho llegar TELEFÓNICA y enviarlo antes del 28 de febrero (a TELEFÓNICA). No se entregarán los avales (se está negociando el planning de presentación de los mismos y buscando todas las alternativas posibles). Se os irá informando de cuándo y cómo deberemos presentarlos.***

*Todas las modificaciones que se realicen al contrato actual (recogidas en el Acta de la reunión) se adjuntarán como anexos inseparables del actual contrato.*

*En relación al límite de crédito, TELEFÓNICA nos informa que para su cálculo se ha estimado un 50% del consumo actual mensual de cada una de las empresas. El límite de crédito se rebasará cuando nuestra facturación supere esta cifra más el porcentaje de descuento que nos aplicaremos (38%), por lo que estamos hablando de un límite cercano al 90% de nuestra facturación mensual.*  
(...)“

- Las alegaciones presentadas por ESCOITÓFONO y PLASTIC CARDS en el expediente OM 2001/5789, que se han incorporado al presente procedimiento sancionador:

En el documento presentado a la CMT el 22 de febrero de 2002 (Documento 9.A), ESCOITÓFONO indica que remite la información recogida en la AOTEP el día 13 de febrero, que comprende la propuesta de TESAÚ relativa a un contrato de servicio telefónico y a la aplicación de un 38% de descuento sobre los diferentes conceptos de la factura telefónica. En concreto, esa documentación consiste en i) un modelo de “Contrato de prestación de servicios de telefonía fija destinados a su explotación comercial en régimen de telefonía de uso público” (en el que se regula el límite de crédito, la modificación del aval, los descuentos aplicables, los elementos que integran el precio: cuota de alta, cuota de abono, tráfico cursado y “otros conceptos”), ii) las modificaciones al contrato que se están negociando, iii) unas “Condiciones generales del acuerdo” –donde se alude a la 38% de descuento- y iv) un “Modelo de liquidación” (donde también se alude al 38% de descuento).

Asimismo, en el escrito presentado por ESCOITÓFONO el 11 de marzo de 2002 (Documento 9.B) se indica que la aplicación del descuento del 38%



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

está vinculada a la firma del contrato relativo a la prestación del servicio telefónico presentado por TESAU:

*“En la reunión extraordinaria que se celebró en Madrid con Telefónica España, a través de la Asociación (AOTEP) se nos ofreció un nuevo contrato. En uno de los puntos de este contrato se ofrecía el 38% de descuento y se descontaba directamente antes de hacer el ingreso a Telefónica. (Aporto documentación entregada en la reunión).”*

Por su parte, PLASTIC CARDS, en el escrito presentado a la CMT el 25 de abril de 2002 (Documento 9.F) se refiere a la discriminación que supone la aplicación del descuento respecto a las otras empresas de telefonía de uso público que cursan su tráfico con TESAU pero que no están en la AOTEP y no se aplican el descuento, así como respecto a las empresas que cursan su tráfico con operadores alternativos, que tampoco se aplican el descuento: *“...se produce una discriminación entre sus propios clientes y no digamos a las empresas que como la nuestra en el ejercicio de su libertad han decidido trabajar con otras operadoras y por tanto no firmar el contrato impuesto por TESAU (...)”*

**CUARTO.- Que Telefónica de España, S.A.U. ha obtenido en el ejercicio de 2002 unos ingresos brutos de explotación anuales de 7.246.735.579,3 euros.**

Tal hecho resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio de 2002. La declaración de los ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de Telefónica mediante escrito de 31 de marzo de 2003 (Documento 46), que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día 31.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** **Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.**

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 84.1.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el apartado Dos.2. l) del artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en relación con lo dispuesto en el apartado Tres del mismo artículo 1. De acuerdo con estos preceptos, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

**SEGUNDO.-** **Tipificación de los hechos probados.**

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento del apartado primero del RESUELVE de la Resolución de la CMT de 24 de enero de 2002, recaída en el expediente RO 2001/5734, sobre control de precios aplicados por Telefónica de España a la operadora Vic Telehome, S.A. Este apartado primero del RESUELVE de la Resolución mencionada consta de tres puntos:

*“**Primero.-** Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.*

*En concreto:*

- TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.*
- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.*
- TELEFONICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor.”*

La Resolución de 24 de enero de 2002 mencionada prohíbe a TESAU la realización de prácticas como las que se consideran en el procedimiento, las cuales consistían en la aplicación de un descuento en la facturación telefónica, cuando la contraprestación correspondiente a esa retribución (que, supuestamente, era la publicidad) no se había realizado. La razón de la prohibición de esta práctica la recoge el Fundamento de Derecho cuarto de la Resolución de 24 de enero de 2002: “...podría entenderse que la aplicación de precios menores de los permitidos busca una captación indebida de clientes y una reducción o anulación de los márgenes de una incipiente competencia”. Asimismo, a fin de “garantizar una mayor transparencia”, se indica (Fundamento de Derecho tercero) que “este tipo de prestaciones [que los clientes de TESAU se comprometen a realizar a favor de la operadora, como la publicidad] no pueden figurar en el mismo documento en que se contrata el servicio telefónico disponible al público, ni vincularse de ningún modo a la contratación de este servicio”.

En consonancia con ello, el apartado primero del RESUELVE especifica tres obligaciones de TESAU:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La prohibición de aplicar descuentos en la facturación telefónica, ya se determinen éstos por una cuantía fija o variable, cuando la actividad que remuneren nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.
- La prohibición de retribuir a clientes del servicio telefónico por prestaciones carentes de causa verdadera, o lícita.
- La prohibición de hacer una vinculación entre el servicio telefónico que se presta a un cliente y la remuneración a dicho cliente de prestaciones que el mismo realice a favor de TESAU.

De acuerdo con lo señalado en los HECHOS PROBADOS, TESAU ha infringido estas tres prohibiciones establecidas en la Resolución de 24 de enero de 2002.

En concreto, según lo determinado en el Hecho Probado Primero, TESAU ha aplicado a los asociados de la AOTEP un descuento en la facturación telefónica (en sus diferentes conceptos: cuota de abono, consumo y otros conceptos) por una cuantía variable (38%), descuento que, aparentemente, se ha justificado en el concepto de actividad publicitaria, cuya remuneración nada tiene que ver con la remuneración de los conceptos antes indicados.

De acuerdo con el Hecho Probado Segundo, la retribución de esta actividad publicitaria carece de causa verdadera, siendo su verdadero objeto realizar un descuento en la facturación telefónica.

Finalmente, de acuerdo con el Hecho Probado Tercero, la percepción de las retribuciones “publicitarias” se ha vinculado al hecho de cursar el tráfico con TESAU.

En consecuencia, la conducta de TESAU resulta típica con relación a los tres puntos del apartado primero del RESUELVE de la Resolución de 24 de enero de 2002.

### **TERCERO.- Culpabilidad de TESAU en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.**

#### **a) Culpabilidad de TESAU en la comisión de la infracción:**

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

*“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.*

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC establece:

*“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

*“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)*

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

*“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.  
No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”*

Este elemento de la culpabilidad concurre en la actuación que ha llevado a cabo TESAU:

Varios documentos del expediente revelan que la aplicación del descuento ha sido una oferta realizada por TESAU a la AOTEP, condicionada a la firma del contrato relativo al servicio telefónico propuesto por TESAU (Documento 9.A, Documento 9.B, Documento 9.F, Documento 36.K y Documento 9.E).

Además, la connivencia de TESAU con el descuento que se aplican los asociados de la AOTEP queda puesta de manifiesto de forma muy significativa por la propia aquiescencia de TESAU con los ingresos que estos asociados le hacen en aplicación del descuento, así como por ciertas cartas firmadas por el Gerente de Acuerdos Especiales de TESAU dirigidas a diversos asociados.

En estas cartas, TESAU muestra su conformidad con el hecho de que la factura que le emita el asociado por el concepto de publicidad sea por un determinado importe, importe que el asociado procede a recoger en la factura correspondiente, y que es el resultado de aplicar el 38% de descuento de acuerdo con las instrucciones que figuran en la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP (Documento 9.C). En concreto, en estas cartas se señala: “*En cumplimiento del Acuerdo de Publicidad firmado entre Telefónica de España y ustedes, y una vez realizadas las comprobaciones oportunas, le informamos que estamos de acuerdo en que nos emitan factura por un importe de ----- (impuestos no incluidos) por el concepto de acciones de publicidad correspondientes al mes de ---- 2002*”.

La presencia de estas cartas figura entre la documentación aportada por los siguientes asociados: Aribau 33 (Documento 37.5), Novatel s.XXI, S.L. (Documento 37.11), Eurotelefonía del Sur, S.L. (Documento 37.16), Telmo, S.L. (Documento 37.17) y Teléfonos Técnicos Canarios, S.L. (Documento 37.23).

Todas estas circunstancias revelan la intencionalidad de TESAU de realizar las conductas que han quedado acreditadas en el Hechos Probados Primero a Tercero, lo que revela su culpabilidad en la comisión de la infracción.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### b) Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad:

En el presente procedimiento no concurren circunstancias eximentes de responsabilidad. Tales circunstancias eximentes se encuentran reguladas en el actual Código Penal –aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), y se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor.

Nada de esto resulta de la documentación obrante en el expediente, pues la actuación llevada a cabo por TESAU, esto es, la aplicación de los descuentos del 38% de acuerdo con las circunstancias que constan los Hechos Probados Primero a Tercero, se ha debido a la propia intención de TESAU, tal y como resulta del apartado anterior.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto, ninguna causa eximente de responsabilidad.

### **CUARTO.- Calificación de la infracción como continuada.**

La infracción cometida por TESAU, materializada por las diferentes actuaciones que se recogen en los HECHOS PROBADOS, tiene la naturaleza de infracción continuada.

El artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora establece:

*“No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.  
Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”*

Esta figura de la infracción continuada es correlativa a la del delito continuado del Derecho Penal y comparte los elementos esenciales definidores de la misma: identidad subjetiva, pluralidad fáctica y culpabilidad homogénea.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concurre el requisito de la identidad subjetiva, en cuanto que TESAU ha sido el responsable de los diferentes supuestos en que ha tenido lugar la aplicación del descuento.

Concurre el requisito de la pluralidad fáctica, en cuanto que la aplicación del descuento ha quedado acreditada respecto a una pluralidad de asociados, con relación a una pluralidad de facturas (a lo largo, por tanto, de diferentes mensualidades: desde la factura emitida en el mes de marzo a la factura emitida en el mes de diciembre).

Finalmente, concurre el requisito de la culpabilidad homogénea, ya que los descuentos aplicados por TESAU lo han sido en ejecución de un plan preconcebido (que consistía en aplicar a los asociados a la AOTEP un descuento del 38% a partir de la factura emitida el 7 de marzo, conforme a una serie de operaciones que se han detallado en el Hecho Probado Primero).

### **QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.**

El artículo 131.3 de la LRJPAC establece lo siguiente:

*“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”*

Por su parte, el artículo 82.3 de la Ley General de Telecomunicaciones (en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) dispone:

*En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, lo siguiente:*

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
  - b) La repercusión social de las infracciones.*
  - c) El daño causado.*
  - d) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.*

*En las infracciones previstas en los apartados 1 del artículo 79 y 5 del artículo 80, además de la sanción correspondiente, el infractor vendrá obligado al pago de los cánones que hubiere debido satisfacer en el supuesto de estar autorizado.*

Con relación al presente procedimiento, se aprecia la concurrencia de la siguiente circunstancia agravante:

- Intencionalidad:

En la comisión de los hechos concurre no sólo una intención de TESAU de aplicar los descuentos, sino, además, una clara consciencia de que aplicar tales descuentos supone una infracción de la Resolución de 24 de enero de 2002.

En este sentido, ha quedado constatada la voluntad de TESAU de poner en marcha un sistema que tiene por objeto, precisamente, infringir las obligaciones impuestas en esa Resolución, haciéndolo de una forma encubierta, poco después de recibir la notificación de la Resolución de 24 de enero de 2002 (pues el descuento se empieza a ofrecer a los asociados a la AOTEP en febrero de 2002 –Documento 9.A y Documento 9.E–).

Ha de destacarse que la Resolución de 24 de enero de 2002 tiene por destinatario exclusivo a TESAU. En efecto, la Resolución de 24 de enero de 2002, examina actuaciones llevadas a cabo por TESAU, tiene por objeto imponer obligaciones exclusivamente a TESAU y se notifica a este operador (además de a Vic Telehome).

En consecuencia, TESAU era plenamente consciente de las obligaciones que la Resolución de 24 de enero de 2002 le imponía, y, a pesar de ello, realiza los hechos que han quedado probados.

Esta consciencia de estar infringiendo la mencionada Resolución se pone también de relieve por el hecho de que la aplicación del descuento haya continuado pese a haberse detectado la posible realización de los hechos y pese a haberse iniciado con relación a los mismos el presente procedimiento sancionador.

Por escrito de fecha 26 de junio de 2002 (recibido en el Registro de la CMT ese mismo día) –Documento 9.K–, PLASTIC CARDS expone que existe un propósito de TESAU de continuar aplicando los descuentos pese a haberse puesto de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

manifiesto la supuesta aplicación de los mismos en el escrito por el que se abre el trámite de audiencia en el expediente OM 2001/5789:

*“Aprovechamos para poner en su conocimiento que tras la recepción del informe del expediente de referencia [notificación confiriendo audiencia a los interesados en el expediente OM 2001/5789, la cual es de fecha 23 de mayo de 2002] por parte de los miembros de AOTEP, TESAU les ha comunicado que no se preocupen que haga lo que haga la CMT (si hace algo) van a seguir percibiendo los descuentos pactados (ilícitos según el informe de la CMT) de una u otra forma.”*

Como ha quedado demostrado en el Hecho Probado Primero, la aplicación del descuento ha continuado después del inicio del procedimiento sancionador, lo que también confirma que TESAU ha sido consciente, mientras aplicaba el descuento, de que estaba infringiendo la Resolución mencionada.

Había, por tanto, un propósito evidente de infringir la Resolución de 24 de enero de 2002 en el momento de ofrecer el descuento, y ha habido un propósito flagrante de continuar aplicando el descuento pese a la incoación, por dicha razón, del presente procedimiento sancionador.

### **SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 82.1.A) de la Ley General de Telecomunicaciones, la sanción que puede ser impuesta por la mencionada infracción es la siguiente:

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades; el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

En el presente supuesto, no se han podido estimar adecuadamente unos beneficios brutos obtenidos como consecuencia de la infracción, al resultar muy complicada la cuantificación exacta de los mismos. Por ello, el límite mínimo de la sanción lo constituye la cantidad de 0,01 euros.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como límite máximo de la sanción, resulta de aplicación el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio, que es una cantidad superior a los 601.012,10 euros, toda vez que, como se ha señalado, no se han podido aplicar los otros criterios de graduación del artículo 82.1A) de la Ley General de Telecomunicaciones.

Este 1% de los ingresos brutos de explotación obtenidos por TESAU en el ejercicio 2002 lo constituye la cantidad de 72.467.355,79 euros, de acuerdo con lo señalado en el Hecho Probado cuarto de la presente Resolución.

Dentro del límite mínimo (0,01 euros) y del máximo (72.467.355,79 euros) de la sanción, la cuantía se ha de graduar teniendo en cuenta que se trata de una infracción continuada y que concurre una circunstancia agravante.

Acudiendo por analogía a las reglas del Código Penal, por la concurrencia de una infracción continuada se debería imponer la sanción en su mitad superior (ex artículo 74.1), y por la concurrencia de una o varias circunstancias agravantes se debería imponer la sanción en la mitad superior a la que corresponda (ex artículo 66.3ª).

De acuerdo con ello, y atendiendo al principio de proporcionalidad, procede imponer una multa de 8.000.000 de euros.

### **SÉPTIMO.- Contestación a las restantes alegaciones de TESAU.**

En su escrito de alegaciones presentado el 1 de julio de 2003, TESAU realiza otras alegaciones sobre diferentes aspectos, que se contestan a continuación:

- Sobre la alegación relativa a que la Propuesta de Sanción incorpora documentos que en su momento, según la CMT, no debían ser objeto del expediente:

Expone TESAU que, en la Resolución de inicio del presente procedimiento sancionador, se señala que, aunque algunos de los acuerdos analizados son semejantes a los que TESAU mantuvo con Vic Telehome (objeto de la Resolución de 24 de enero de 2002), al ser anteriores, no obstante, a esta Resolución de 24 de enero de 2002, no pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de iniciar procedimiento sancionador. Añade TESAU que, en contra de esta previsión, la Propuesta de Resolución incorpora esos documentos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, ha de señalarse que todos los hechos que se imputan a TESAU son posteriores a la Resolución de 24 de enero de 2002. Se le imputa la aplicación de descuentos en las facturas emitidas de marzo de 2002 a diciembre de 2002.

Aunque al expediente sancionador se hayan incorporado documentos anteriores a esa fecha, lo son a los efectos de la determinación y mejor conocimiento de los hechos, a fin de contextualizar en el tiempo la conducta llevada a cabo por TESAU (valorando qué actuaciones eran las que TESAU había decidido llevar a cabo tras la Resolución de 24 de enero de 2002, en relación con las actuaciones que llevaba a cabo con anterioridad); pero en ningún momento se imputan a TESAU hechos anteriores a la Resolución de 24 de enero de 2002.

No cabe, además, hablar de contradicción puesto que lo que señalaba la Resolución de inicio es que los acuerdos anteriores no justificaban la apertura de un procedimiento sancionador, pero sí justificaban el inicio los indicios que había acerca de los acuerdos realizados con posterioridad (la aplicación de un 38% de descuento a los asociados a la AOTEP a partir de la factura emitida en marzo); práctica, la cual es, precisamente, la que se imputa a TESAU en la Propuesta.

### ➤ Sobre el Contrato de Publicidad y Marketing existente entre TESAU y AOTEP:

Señala TESAU que *“El único Contrato de Publicidad Y Marketing que obra en el Expediente Administrativo es el Contrato de Publicidad y Marketing de fecha 1 de Marzo de 2001”* y que *“Sin embargo, las relaciones contractuales existentes entre AOTEP y Telefónica de España sobre publicidad y marketing durante la tramitación del Expediente Sancionador que nos ocupa y desde la Resolución de 24 de enero de 2002, no se rigen por el contrato de 1 de Marzo de 2001, sino por el Contrato de Publicidad y Marketing de 20 de Marzo de 2002, que se aporta como Documento nº 1”*.

En este contrato de 24 de enero de 2002, se prevé que TESAU abonará al asociado a la AOTEP 0,0030 euros por quincena y persona que acceda al establecimiento, con un límite máximo de 9 euros por quincena. El contrato de 1 de marzo de 2001 preveía en su Anexo sobre Plan de Medios el pago de 1,25 pesetas por minuto.

Al respecto, ha de señalarse que carece de relevancia cuál sea el contrato de publicidad firmado entre la AOTEP y TESAU, pues lo que ha quedado acreditado en los Hechos Probados es que se ha aplicado un descuento del 38% en la facturación telefónica y que este descuento se ha tratado de encubrir bajo el concepto de actividad publicitaria, emitiendo unas facturas por publicidad a fin de *“poder cuadrar nuestra contabilidad”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, el contrato de 1 de marzo de 2001, “*único Contrato de Publicidad y Marketing que obra en el Expediente Administrativo*”, como dice TESAU, fue aportado por la propia TESAU como documento 6 a su escrito de 14 de junio de 2002, señalando literalmente lo siguiente: “*En el contexto de este Acuerdo, TESAU ha abonado, a AOTEP, las cantidades establecidas en el mismo, y ello en cumplimiento del plan de medios diseñado entre ellas, cantidades que, en modo alguno, pueden considerarse como descuentos, sino de algo tan simple y claro como la contraprestación que una parte realiza a favor de otra como consecuencia del Contrato Civil suscrito entre ambas, al que es aplicable las normas generales que rigen la contratación. Se adjunta copia del Acuerdo como Documento nº6*”.

Este escrito de 14 de junio de 2002 (que se corresponde con el documento 188 del expediente OM 2001/5789) se adjunta por TESAU a su escrito de alegaciones presentado el 9 de agosto de 2002 en el seno del presente procedimiento (Documento 2 del expediente sancionador). Asimismo, en este escrito de 14 de junio de 2002 la propia TESAU proponía una **prueba documental** “*consistente en las alegaciones realizadas el 14 de Junio de 2002 en el expediente OM 2001/5789*”.

En coherencia con lo solicitado por TESAU, el 28 de octubre de 2002, el Instructor solicitó Director de OM de la CMT la incorporación, entre otros, del documento 188 del expediente OM 2001/5789, consistente en las alegaciones de TESAU efectuadas en el trámite de audiencia de dicho expediente, lo que se corresponde con ese documento de fecha 14 de junio de 2002 (Documento 7), siendo remitido el mencionado documento el día 29 de octubre de 2002 (Documento 9.J).

Por eso precisamente ese Acuerdo de 1 de marzo de 2002 es el Acuerdo que obra en el expediente.

De todos modos, por escrito de 26 de noviembre de 2002 (Documento 12), notificado a TESAU el propio día, el Instructor del procedimiento dirigió a TESAU un escrito en el que se señalaba:

- “*Primero.- Si el Acuerdo entre TESAU y la AOTEP sobre “Acciones de marketing y publicidad” de fecha 1 de marzo de 2001 sigue estando vigente, y si siguen estando vigentes las cantidades que figuran en el Anexo “Plan de medios”. Se les de traslado de una copia de dicho Acuerdo y Anexo (Anexo I al presente escrito)*

*Si no estuviera vigente cualquiera de ellos (Acuerdo o Anexo), apórtense los que hubieran estado vigentes desde febrero de 2002 hasta la fecha.”*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU no contestó a ese escrito. No obstante, en su declaración testifical de 12 de diciembre de 2002, tanto del Gerente TUP de TESAU, como del representante de la AOTEP, se remitieron al contrato de 1 de marzo de 2001 como el contrato vigente:

En el Acta de constancia de la declaración testifical del representante legal de la AOTEP (Documento 27), consta lo siguiente:

*“3ª A la pregunta de en qué consisten las cantidades que se cobran por dichas actividades de marketing o publicidad **responde que según el acuerdo vigente dichas cantidades se determinan por el número de personas que acceden a los locales públicos en los que están instaladas las terminales.***

*4ª A la pregunta de en qué consiste la función de personas que acceden a los locales públicos **responde remitiéndose al Acuerdo que consta en el Expediente.***”

En el Acta de constancia de la práctica de la prueba testifical del Gerente TUP (Documento 28), consta lo siguiente:

*“7ª Se exhibe el documento nº 188 Anexo nº6 del expediente OM 2001/5789 y, en particular el Anexo sobre Plan de Medios. A la pregunta de si sigue vigente el Anexo exhibido **responde que sí cree que sigue vigente.***”

Señala, ahora, sin embargo, TESAU que no es ese el contrato que ha estado vigente, sino que es otro distinto que aporta ahora.

Pues bien, independientemente de cuál sea el contrato que haya estado formalmente vigente, lo cierto es que se ha aplicado un 38% de descuento y que las actuaciones relativas a la publicidad (la celebración de contratos, la elaboración de facturas...) trataban de encubrir la existencia del descuento en cuestión.

Ahora bien, cabe decir, además, que si se hubiera llevado a la práctica el contrato de 1 de marzo de 2001, retribuyendo la publicidad a razón de 1,25 pesetas por minuto de tráfico cursado con TESAU, igualmente se hubiera producido una vinculación entre publicidad y tráfico prohibida por la Resolución de 24 de enero de 2002.

En cuanto al contrato de 20 de marzo de 2002, lo que en este contrato se prevé sobre la retribución de la publicidad queda bastante ambiguo:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Por medio del presente Acuerdo, el Cliente se compromete a situar la publicidad que Telefónica de España le entregue en los terminales que son objeto de explotación del primero.*

*(...)*

*Como contraprestación por la realización de la publicidad objeto del presente acuerdo, Telefónica de España abonará al Cliente la cantidad media de 0,0030 euros (sin impuestos) por quincena y persona que acceda al establecimiento en que se encuentran ubicados los terminales, con un límite máximo de 9 (nueve) euros por quincena.*

*(...)*

*Así mismo, con objeto de comprobar la exactitud y veracidad de las cantidades facturadas por el Cliente en concepto del impacto por persona que utilice los terminales y, en su caso, acceda a los establecimientos, telefónica de España se reserva el derecho de examinar los apuntes contables y documentación del Cliente de la que se deduzca con claridad dicha información, comprometiéndose el Cliente a facilitar su examen.”*

La publicidad se vincula al número personas que entren al establecimiento, pero cómo se compruebe cuántas son las personas que entren, no es algo que quede claro, salvo en la posibilidad de examinar los datos de la empresa de telefonía de uso público sobre las llamadas efectuadas (*“persona **que utilice los terminales**”*), y si lo que ocurre es que las llamadas se cursan con TESAÚ, como sucede, y que, como dice el Gerente TUP (a cuya declaración se remite TESAÚ como coincidente con el contenido de este contrato ahora aportado –a pesar de que el Gerente dice que está vigente el contrato de 1 de marzo de 2002-), la publicidad está hecha para reflejar que las llamadas se cursan con TESAÚ (esto es, que *“La publicidad –dice el Gerente TUP- consiste en la exhibición de un distintivo que aclare al usuario que la llamada que está efectuando se cursa a través de TELEFÓNICA”*) se trata de nuevo de una vinculación entre retribución de la publicidad y tráfico, que está prohibida por la Resolución de 24 de enero de 2002.

### ➤ Sobre las regularizaciones:

Dice TESAÚ que en aplicación del Acuerdo de publicidad que aporta se han llevado acabo unas regularizaciones en diciembre de 2002, y aporta al respecto una serie de documentos. Se trata de pequeñas cantidades que los asociados a la AOTEP pasan a facturar con cargo a TESAÚ: 86,44 euros, 528,29 euros, 154,42 euros, 775,66 euros, 413,14 euros, 557,14 euros, 413,84 euros, 560,42 euros...

Al respecto cabe señalar que la existencia de algunas regularizaciones ya consta en la documentación aportada por los Servicios de Inspección, y que, precisamente, tienen por objeto corregir las divergencias que se han producido a lo largo del año respecto a la Nota Informativa (es el caso de Castel Linares, C.B.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

–Documento 37.55–, quien, al pie de cada justificante bancario, indica a mano la diferencia que tiene la cantidad ingresada con la que corresponde ingresar conforme a las instrucciones de la Nota Informativa 6/02 de la AOTEP, y presenta un justificante bancario de “Regularización año 2002” hecho al final del ejercicio, por el que corrige esas mismas diferencias, resultando entonces exacta la aplicación de la fórmula recogida en la mencionada Nota Informativa).

➤ Sobre la alegación relativa a las declaraciones testificales:

A diferencia de lo que señala TESAU la declaración de los testigos versó sobre la aplicación de un descuento del 38%, tal y como se había previsto (así consta en el Acta de declaración correspondiente a los cuatro testigos: *Documentos 25 a 28*).

En lo relativo a la ausencia del incidente de tacha, ha de señalarse que las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil no están pensadas para su aplicación al procedimiento administrativo. No obstante, lo que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil es que, con la alegación de las tachas, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas. TESAU no promovió incidente al respecto; aportó, eso sí, como documento, el Acta de la Asamblea en que tiene lugar la expulsión del representante de PLASTIC CARDS, y, con relación a ESCOITÓFONO se remitió a los archivos judiciales en relación a los pleitos que mantiene con esta empresa.

Pues bien, lo que al respecto de la tacha prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que se valorará la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado. Y eso es lo que se ha hecho; pese a la tacha, las pruebas practicadas conducen a valorar como veraz lo dicho por los testigos mencionados acerca de la aplicación del 38% de descuento, pues lo declarado por ellos ha sido confirmado por la Inspección practicada.

En cambio, la declaración realizada a este respecto por el Gerente TUP y el representante de AOTEP ha resultado desvirtuada por la Inspección, y de hecho es contradictoria con las alegaciones realizadas por TESAU el 1 de julio de 2003 (ya que, como contrato vigente, se remiten a un contrato diferente del aportado junto con esas alegaciones de 1 de julio de 2003).

➤ Sobre la alegación relativa a la falta de competencia de la CMT en relación con la simulación del contrato de Publicidad y Marketing:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala TESAU en Fundamento de Derecho primero de su escrito de alegaciones, que el objeto controvertido en este expediente *“está sujeto al derecho privado”*, ya que los contratos de publicidad y marketing son contratos privados, sujetos al derecho mercantil.

En este sentido, expone que si la CMT sancionase a TESAU y TESAU solicitase de la Audiencia Nacional una Sentencia declarativa sobre la no simulación contractual, se exceptionaría una causa de inadmisibilidad por tratarse de una pretensión que corresponde a la jurisdicción civil. Por ello, TESAU concluye que la CMT *“no tiene competencia para enjuiciar si un contrato privado es o no simulado ya que esta competencia está reservada a los órganos jurisdiccionales civiles”*.

Con relación a esta argumentación aducida por TESAU, ha de ponerse de relieve que los intereses públicos que se proyectan en el sector de las telecomunicaciones exigen, frecuentemente, el examen de documentos privados, como son los contratos entre los agentes del mercado. Por supuesto, estos contratos están sujetos al Derecho privado, pero, igualmente, sobre los mismos se proyectan aspectos de la normativa de telecomunicaciones, la cual protege intereses públicos.

Sobre los contratos publicidad celebrados por TESAU, se proyectan, en particular, diferentes intereses públicos de defensa de la competencia, como son los relativos a la no existencia de precios que puedan impedir la competencia en el mercado, o a la no existencia de prácticas que puedan ocultar la existencia de tales precios, o a la existencia de una transparencia en los precios que se apliquen.

A tal efecto, la CMT puede imponer, en el ejercicio de sus competencias (letra h) del artículo 1.dos.2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones), obligaciones para impedir que por medio de esos contratos privados se realicen actuaciones que lesionen los intereses públicos mencionados.

Eso es lo que realizó la Resolución de 24 de enero de 2002. No puede sostenerse la falta de competencia para su adopción.

Por lo demás, en lo que respecta a la alusión de TESAU sobre lo que corresponde a la jurisdicción civil, ha de señalarse que el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa permite conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, y, entre tales actuaciones, las seguidas con relación a un procedimiento sancionador.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha de recordarse lo que dispone el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual *“A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”*, con lo que nada impediría que la jurisdicción contencioso-administrativa entre a conocer de cuestiones que están atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales si ello fuera necesario para examinar la conformidad a Derecho de la actuación sancionadora de una Administración Pública.

➤ Sobre las diferentes alegaciones realizadas por TESAU con relación a la Resolución de 24 de enero de 2002:

TESAU expone diferentes alegaciones con relación a la Resolución de 24 de enero de 2002:

1. Que, en el expediente correspondiente a esa Resolución, los Servicios de la CMT propusieron inicialmente la remisión de las actuaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología, pero el Consejo resolvió en términos diferentes.
2. Que la CMT no tiene competencia para sancionar los hechos que fueron objeto del expediente RO 2001/5734 (el incumplimiento de cuya Resolución se imputa a TESAU) ni para sancionar los hechos objeto de este expediente, porque la competencia corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.
3. Que la CMT incurre en desviación de poder y fraude de ley, al pretender irrogarse una competencia que corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.
4. Que se vulneran los principios de tipicidad e irretroactividad de normas sancionadoras, al haberse iniciado el expediente OM 2001/5789 (cuya Resolución acuerda la incoación del presente procedimiento sancionador) antes que el RO 2002/5734 (el incumplimiento de cuya Resolución se imputa a TESAU).
5. Que se incurre en nulidad de pleno derecho, porque en la Resolución de 24 de enero de 2002 se configura un ilícito administrativo por analogía.
6. Que se incurre en nulidad de pleno derecho, porque el contenido de la Resolución de 24 de enero de 2002 es de imposible cumplimiento.
7. Que la Resolución de 24 de enero de 2002 altera el cuadro de infracciones y sanciones establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, al configurar como sanción muy grave lo que, en realidad, debería ser una sanción muy grave.
8. Que la Resolución de 24 de enero de 2002 se haya *sub iudice*.

Respecto a estas alegaciones ha de ponerse de relieve lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. En relación al diferente contenido existente entre lo propuesto por los Servicios y lo resuelto por el Consejo de la CMT en la Resolución de 24 de enero de 2002, ha de ponerse de relieve que la propuesta de los Servicios no tiene carácter vinculante para el Consejo de la Comisión.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.Tres.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de Telecomunicaciones, *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estará regida por un Consejo, **al que corresponderá el ejercicio de todas las funciones** establecidas en el apartado anterior”*. Entre tales funciones, el artículo 1.Dos.2 h) de la mencionada Ley se refiere a la vigilancia de la debida aplicación de tarifas por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan.

Queda claro, por tanto, que, a la fecha de adopción de la Resolución impugnada (al igual que a la fecha presente) es el Consejo de la CMT el único órgano al que le correspondía ejercer la competencia sobre la debida aplicación de tarifas, conforme a lo previsto en el artículo 1.Tres.1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones. Y eso es lo que hizo, sin que haya de sujetarse a lo que señalen los Servicios.

**2, 3 y 7.** En cuanto a la falta de competencia de la CMT en relación con los hechos que fueron objeto del expediente RO 2001/5734 y en relación con los hechos que son objeto de este expediente y la desviación de poder consistente en irrogarse competencias que corresponden al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, ha de hacerse mención, nuevamente, de la competencia que atribuye a la CMT el artículo 1.dos.2 h) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, que dice que *“La Comisión vigilará la debida aplicación de estas tarifas [las tarifas fijas, máximas o mínimas que se determinen] por los operadores, adoptando al efecto las resoluciones que procedan”*.

Se atribuye, por tanto, a la CMT una competencia para vigilar la aplicación por los operadores que las tarifas que tengan aprobadas. En relación con esta competencia, la CMT puede adoptar las resoluciones *“que procedan”*, siempre con el objeto —establecido en el artículo 1.dos.1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones— de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado.

Por supuesto, para lo que no habilita esa competencia es para fijar precios finales fijos, máximos o mínimos, pues la competencia para realizar esa fijación corresponde a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos,





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones.

Pero nada impide que la CMT, con el objeto de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado, imponga la prohibición de realizar unas actuaciones que buscan la captación indebida de clientes (vinculando la percepción de retribuciones al hecho de cursar tráfico con TESAU), o de unas actuaciones que pueden dificultar la labor de la CMT de comprobación de esos supuestos de captación indebida de clientes. Se trata con ello de asegurar que no habrá conductas que impidan o dificulten a la CMT el ejercicio de su competencia de vigilancia de la correcta aplicación de las tarifas, imponiendo, para ello, unas obligaciones específicas a fin de evitar, precisamente, que ciertas actuaciones oculten, en realidad, la realización de un descuento no aprobado.

Estas obligaciones instrumentales (tendientes a evitar que haya supuestos en los que se pueda encubrir cuál es la tarifa que realmente se está aplicando) y sustantivas (tendientes a evitar la captación indebida de clientes por la vinculación de la percepción de remuneraciones al tráfico cursado) son de la competencia de la CMT.

Es por el incumplimiento de tales obligaciones –que, cabe decir, no figuran en la normativa tarifaria que aprueba la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos, sino que se las ha impuesto a TESAU la CMT en la Resolución mencionada- por lo que se sanciona a TESAU. Y como incumplimiento de unas obligaciones impuestas por una Resolución de la CMT, se trata, conforme al artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones, de un supuesto de infracción muy grave.

4. La alegación relativa a la irretroactividad de las normas sancionadoras tampoco puede aceptarse. Es claro que la incoación del procedimiento sancionador (18 de julio de 2002) ha tenido lugar con posterioridad a la Resolución que impone a TESAU las obligaciones cuyo incumplimiento se le imputa (24 de enero de 2002).

Es claro que la conducta estaba tipificada con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador. Además, todos los hechos que se imputan a TESAU, como se ha señalado ya, son posteriores a la Resolución de 24 de enero de 2002, por ser hechos que, precisamente, TESAU puso en práctica al poco tiempo de recibir la notificación de la Resolución de 24 de enero de 2002 mencionada.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el procedimiento RO 2001/5734 (al que pone fin la Resolución de 24 de enero de 2002) trae causa de una



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información previa iniciada el 6 de abril de 2001, aunque el procedimiento no se inicie formalmente hasta el 4 de diciembre de 2001.

El procedimiento OM 2001/5789 (al que pone fin la Resolución de 18 de julio de 2002) se inicia, efectivamente, como señala TESAÚ, el 29 de noviembre de 2001, fecha de entrada en el Registro de un escrito de Latino Telecom relativo a la suspensión e interrupción del servicio telefónico en las líneas de telefonía de uso público explotadas por esta entidad.

Lo que sucede es que, con posterioridad, se recibieron otras solicitudes, que se incorporaron al expediente sobre la base de la conexión material existente entre ellas (al referirse a actuaciones llevadas a cabo por TESAÚ con relación a entidades dedicadas a la telefonía de uso público). De este modo, en la tramitación del expediente, la CMT llega al conocimiento, u obtiene indicios, de diversas actuaciones llevadas a cabo por TESAÚ con relación a las empresas de telefonía de uso público. Una de ellas es la relativa a la aplicación del descuento del 38% objeto de este procedimiento, cuestión que es objeto del RESUELVE cuarto de la Resolución de 18 de julio. En los otros RESUELVEs de la Resolución se tratan las demás cuestiones objeto del expediente (entre ellas, la relativa a la retirada del suministro a que se refería Latino Telecom).

Precisamente, lo que señala el artículo 89. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es que la Resolución que ponga fin al procedimiento decidirá sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Existe no obstante el límite (que recoge el apartado 2 del artículo 89) de que, en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, no se puede agravar la situación inicial de éste.

Pues bien, resolviendo la CMT sobre cuestiones que se habían derivado de la instrucción del procedimiento (la aplicación del 38% de descuento) y no infringiendo el límite que establece el artículo 89.2 de la Ley 30/1992 (no agravando la situación inicial del solicitante), no hay ningún obstáculo en que por Resolución de 18 de julio de 2002 se acuerde el inicio del presente procedimiento sancionador.

**5 y 6.** En lo relativo a que la Resolución de 24 de enero de 2002 configura un ilícito administrativo por analogía y que, además, es de imposible cumplimiento, hay que poner de manifiesto que lo establecido en la Resolución mencionada está claramente determinado:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**“Primero.-** Telefónica habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo aplicar precios y descuentos conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.

*En concreto:*

- TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.
- Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.
- TELEFÓNICA no podrá vincular contractualmente la prestación del servicio telefónico disponible al público a otras prestaciones que su cliente realice en su favor.”

TESAU elude en su razonamiento toda referencia al párrafo segundo de este apartado primero del RESUELVE, por el que se especifica claramente en qué consiste la obligación de no hacer impuesta en el párrafo primero. Si bien el párrafo primero de la Resolución contiene la referencia a la prohibición de una conducta que es la llevada a cabo en el expediente objeto de esa Resolución, y que está relacionada con la competencia de vigilancia de tarifas que corresponde a la CMT, el párrafo segundo especifica el contenido de esa prohibición en relación con ciertas actuaciones que están contempladas en los Fundamentos de Derecho y que, de acuerdo con el expediente, TESAU había venido desarrollando.

**8.** En cuanto a la consideración de que la Resolución de 24 de enero de 2002 se encuentra *sub iudice*, ha de manifestarse que este hecho no obsta a la ejecutividad y plena eficacia de la Resolución de 24 de enero de 2002.

En efecto, no se ha acordado la suspensión de la Resolución de 24 de enero de 2002, y de hecho, TESAU ni siquiera la solicitó (ni por medidas provisionalísimas, ni de otro orden). Por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, la mencionada Resolución es ejecutiva, se presume válida y produce efectos, debiendo, en consecuencia, ser cumplida por el obligado.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de la competencia que tiene atribuida,

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Declarar a Telefónica de España, S.A.U. responsable directa de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 24 de enero de 2002, sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U a la operadora Vic Telehome, S.A.

.

**SEGUNDO.-** Imponer a Telefónica de España, S.A.U una sanción por importe de OCHO MILLONES DE EUROS (8.000.000 euros).

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número ----- abierta al efecto en ----- . Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2, apartados a y b, del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque.

Carlos Bustelo García del Real.