



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, 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 18 de noviembre de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2004/1120**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE DECLARA CONCLUSO EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON PRESUNTAS RESTRICCIONES A LA INTERCONEXIÓN DE LLAMADAS A NUMEROS DE TARIFICACION ADICIONAL POR PARTE DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U Y SE RESUELVE NO INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Denuncia que dio lugar al inicio del período de información previa

Con fecha de 23 de junio de 2004 se recibió en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de PERSONAL LOGISTIC, S.L. (en adelante PERSONAL LOGISTIC) mediante el cual se denuncia el incumplimiento por parte de la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. (en adelante TME) de sus obligaciones en materia de interconexión en relación con las llamadas efectuadas desde su red a numeración de servicios de tarificación adicional con prefijos 803, 806 y 807.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En su escrito PERSONAL LOGISTIC denuncia concretamente *“una “circular” interna de MOVISTAR en la que expresamente informa a sus distribuidores que los packs movistar activa que se incluyen en la promoción que entró en el mercado el pasado 18 de junio no podrán realizar llamadas a números de tarificación adicional. “*

El denunciante aporta fotocopia de un escrito fechado el 16 de junio de 2004 dirigido por TME a uno de sus distribuidores en el que se manifiesta que *“A partir del próximo 18 de junio los packs movistar activa no podrán realizar llamadas con el saldo inicial promocional a números con prefijos 803, 806 y 807. Esta información será incluida dentro de las condiciones generales del servicio”*

PERSONAL LOGISTIC alega que este hecho es *“directamente lesivo para el principio de interconexión”* puesto que TME impide la interconexión de estas llamadas lo cual resulta contrario a la *“doctrina de la CMT respecto a este tipo de impedimentos y alteraciones a la interconexión entre operadores, remitiéndonos en este caso a resolución de la CMT de 24 de julio de 2003 del expediente 800/2003 RO, así como la resolución del expediente 727/2003 RO, entre otras, en las que expresamente se establece la garantía de la INTERCONEXIÓN automática y por defecto entre todos los operadores, sin que de modo alguno, se pueda discriminar ningún tipo de rango de numeración de esta forma tan premeditada”*. Por todo ello, insta a la CMT a dictar Resolución por la que se imponga a TME la preceptiva sanción.

Segundo.- Apertura del período de información previa

A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), con fecha 8 de julio de 2004 esta Comisión envió a las sociedades PERSONAL LOGISTIC y TME un escrito mediante el cual se comunicaba la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador, otorgando a TME un plazo de 10 días para formular alegaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Alegaciones de TME

El 23 de julio de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TME, donde manifiesta que su conducta no supone un incumplimiento ni de la obligación de interconexión ni de las Resoluciones de la CMT.

Considera TME que las Resoluciones de 24 de julio de 2003 (exp. RO 2003/800 y RO 2003/799) en las que la CMT obligó a garantizar la interoperabilidad directa y automática de las llamadas de los servicios de tarificación adicional desde los terminales móviles prepago y post-pago, a partir del mismo momento en que se activase el alta del servicio contemplan un supuesto de hecho distinto del que es objeto de la denuncia actual. En aquél caso se exigía un alta previa y expresa del usuario para acceder a los servicios de tarificación adicional.

Por el contrario, “los pack “Movistar Activa” objeto de comercialización durante el citado período promocional no requieren de un alta previa y expresa del usuario para poder acceder a los servicios de tarificación adicional sino que únicamente tendrán restringido temporalmente el acceso a los servicios de tarificación adicional que se efectúen desde los terminales prepago incluidos en dichos packs cuando se realicen llamadas a dichos servicios a través del saldo promocional y gratuito que TME dispone para tales clientes en esta campaña promocional específica.”

“Por consiguiente, esta Compañía ha configurado este servicio prepago de manera que desde el primer momento resulte de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico, únicamente , con carácter excepcional por motivo de la campaña existe una limitación estrictamente temporal que quedará liberada desde el momento en que el saldo de la tarjeta prepago ya no tenga carácter promocional y gratuito para el cliente”.

TME pretende con esta política comercial evitar el fraude que se produjo en la campaña promocional de Navidad, en relación con las tarjetas prepago movistar activa, previamente disociadas de su pack, mediante las que se efectuaban llamadas desde la red de TME con el fin exclusivo o mayoritario de efectuar la descarga del saldo promocional que TME incluía en las mismas, a través de la producción de llamadas masivas a determinados números de tarificación adicional.

Por último, TME menciona también la reciente modificación de la Orden PRE/361/2002, mediante Orden PRE/2410/2004 de 20 de julio, por la que se introducen limitación al acceso a los servicios de tarificación adicional. Estas limitaciones, entre otras, afectan a aquellos servicios que se presten a través



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los códigos 907 y códigos de tres o cuatro cifras atribuidos a servicios de tarificación adicional de precios superiores, entre los que se incluyen los prestados a través de los códigos 803, 806 y 807 seguidos de las cifras 6, 7, 8, o 9, debiendo en estos supuestos el abonado solicitar expresamente a su operador el acceso a estos servicios. Asimismo, el operador de acceso, previa notificación con un mes de antelación al Instituto Nacional de Consumo, a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá determinar los rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras, cuyo acceso requerirá una solicitud expresa de conexión de sus abonados. Según TME *“estas modificaciones vienen a alterar el régimen vigente hasta la fecha en la Orden PRE/361/2002 que en su artículo cuarto 2 disponía que los operadores de telefonía que vayan a prestar el servicio soporte de los servicios de tarificación adicional deben configurarlos de manera que resulten de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico, y varía por tanto el régimen jurídico objeto de análisis en las Resoluciones de la CMT a las que hace referencia la denunciante basado precisamente en el libre acceso a los servicios de tarificación adicional.”*

Cuarto.- Requerimiento de información a TME

Por ser necesario para el esclarecimiento de los hechos y en virtud del artículo 78 de la LRJPAC, mediante escrito con fecha de 6 de agosto de 2004, se solicitó a TME precisar determinada información en relación a las condiciones de la promoción “verano 2004”, y la posibilidad de realizar llamadas a números de tarificación adicional y en particular que conteste y acredite:

- Si la restricción temporal del acceso a los servicios de tarificación adicional que se efectúe desde los terminales prepago incluidos en los pack movistar activa objeto de la campaña promocional “promoción captación verano 2004” se refiere únicamente a las llamadas realizadas con el saldo promocional.
- Si es posible recargar el saldo de la tarjeta aunque no se haya gastado el saldo promocional.
- Si, una vez recargado el saldo de la tarjeta, es posible realizar llamadas a través de los mismos terminales a la numeración correspondiente a los referidos servicios de tarificación adicional con el saldo propio del cliente, con independencia de que no puedan realizarse con el saldo promocional.
- Tiempo de duración de la campaña promocional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Contestación de TME al requerimiento de información

Con fecha 24 de agosto de 2004, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de TME mediante el que se daba contestación al requerimiento de información de fecha 6 de agosto de 2004.

En este escrito, TME especifica que el resultado esperado de la promoción es el de poder compensar los menores ingresos percibidos por el operador con el incremento de consumo producido tras la finalización de la promoción, en un plazo de tiempo razonable. Así, una vez que el usuario ha probado el servicio y ha comprobado su utilidad, de acuerdo a sus necesidades, procede a su consumo en condiciones comerciales. Estos resultados no se obtienen en el caso de conductas fraudulentas que se aprovechan de este esfuerzo comercial de los operadores, como puede ser el caso de la práctica consistente en la ruptura de un pack prepago para llevar a cabo la venta separada del terminal y, adicionalmente, el vaciado del saldo promocional gratuito incluido en el mismo en números de tarificación adicional contratados por el mismo agente y normalmente desprovisto de servicios reales.

La medida propuesta por TME para solucionar este problema, no implica el alta previa y expresa del usuario para poder acceder a los servicios de tarificación adicional sino que el usuario únicamente tenga limitada la posibilidad de realizar llamadas a estos servicios cuando se realicen llamadas a dichos servicios haciendo uso del saldo promocional y gratuito que TME dispone para tales clientes en esta campaña promocional específica. Esta restricción quedará totalmente liberada desde el momento en que el saldo de la tarjeta prepago ya no tenga carácter promocional y gratuito para el cliente.

En segundo lugar, TME manifiesta que la restricción al acceso a los servicios de tarificación adicional a través del saldo promocional no influye en absoluto en la libertad del usuario a poder recargar cuando estime oportuno el saldo de su tarjeta.

En tercer lugar, TME alega que desde el primer momento que el cliente realice una recarga, con independencia o no de que el saldo promocional se haya agotado, el usuario tendrá acceso a cualquiera de los servicios de tarificación adicional.

Por último, TME afirma que desconoce la duración exacta de la campaña de verano, dado que sus condiciones se aplicarán a todos los terminales incluidos en la promoción y que no se puede conocer con exactitud cuándo van a ser vendidos. Sin embargo, ello no obsta para que se establezcan las mismas condiciones en ofertas promocionales futuras.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Inspección

En virtud de la competencia atribuida a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 48.3 i y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, (B.O.E. del 4 de noviembre de 2003), en materia de inspección sobre las actividades de los operadores de telecomunicaciones, el 8 de octubre de 2004 se dicta Orden de Inspección a TME con objeto de verificar si existe infracción de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de interconexión e interoperabilidad de los servicios, constituyendo una actividad incluida dentro de las competencias sancionadoras de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 53 letra r de la Ley General de Telecomunicaciones).

La citada inspección tiene como objetivo comprobar si, como se ha denunciado a esta Comisión, TME incumple con su obligación de encaminar las llamadas desde sus teléfonos móviles prepago a la numeración de tarificación adicional que conforme a la legislación no precisa de alta previa (rangos 807, 806 y 803), y verificar, en su caso, si estas restricciones, tal como ha sido alegado por TME en su respuesta al requerimiento de información practicado, afectan únicamente al saldo promocional, no existiendo ninguna restricción al encaminamiento de llamadas a servicios de tarificación adicional con el saldo propio del cliente y siendo posible para ello la recarga del saldo al tiempo que subsiste el saldo promocional.

Para ello, se especifica que *“La inspección consistirá en la compra en el distribuidor oficial de TME sito en la calle Virgen de los Peligros número 12 con denominación social “Futuroshop” de un terminal prepago con saldo promocional y la realización en las dependencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de llamadas al número geográfico 91372 41 00 y a los siguientes números de tarificación adicional que se han elegido al azar: 803 317 036, 803 553 440, 806 466 812, 806 566 366, 807 288 879, 807 488 021 para verificar si se produce correctamente su encaminamiento. En caso de que no se produzca, y debiendo subsistir todo o parte del saldo promocional se procederá a recargar saldo y a realizar llamadas a los mismos números de tarificación adicional y a comprobar si se produce su encaminamiento y/o si se exige alguna condición adicional como pudiera ser una recarga mínima para efectuar la llamada.”*

Los números elegidos para efectuar la inspección pertenecen a rangos de numeración atribuidos a servicios de tarificación adicional configurados como de libre acceso de acuerdo con la normativa aplicable, tanto a la fecha de interposición de la denuncia como en la actualidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 13 de octubre de 2004 se realiza la correspondiente inspección en cumplimiento de la mencionada Orden, teniendo por resultado que TME realiza correctamente el encaminamiento de todas las llamadas a todos los números. Dado que no se han detectado restricciones al acceso para ninguno de los números se procede a dar por finalizada la inspección y a levantar acta de la misma, según consta en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación Competencial

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), en su artículo 48.2, dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Para ello ejercerá las funciones atribuidas en el punto 3º del mismo artículo, incluida el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en la citada Ley.

Concretamente, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a la Comisión cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados.

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

Segundo.- Valoración de las actuaciones realizadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según consta en el Acta de la inspección practicada a TME el día 13 de octubre de 2004, TME realizó correctamente todos los encaminamientos de llamadas a los números de tarificación adicional de libre acceso que previamente se habían seleccionado al azar, siendo cada uno de ellos representativos de un tipo de servicio prestado a través de numeración con prefijos 803, 806 y 807.

En cuanto a las afirmaciones realizadas por TME en el escrito de alegaciones y contestación al requerimiento de información reconociendo determinadas limitaciones al acceso que, según este operador, no constituirían un incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión, es preciso poner de manifiesto que la veracidad de las mismas así como su viabilidad técnica no han podido ser objeto de valoración por esta Comisión habida cuenta del resultado de la inspección.

Sin perjuicio de lo anterior, y dado que TME ha manifestado su intención de aplicar promociones similares a la descrita en el presente procedimiento en futuras campañas promocionales de servicios Movistar Activa, se ha de señalar que una promoción que reuniese las características detalladas por TME en su escrito inicial de alegaciones y en su contestación al requerimiento de información realizado por esta Comisión, aún pudiendo considerarse una práctica comercial legítima podría atentar contra el principio de interoperabilidad de los servicios, si no se introducen determinadas garantías en la prestación del servicio.

En lo que se refiere a la garantía de la interoperabilidad de los servicios, la solución descrita por TME, resultaría contraria al principio de interoperabilidad tal y como viene recogido en las Resoluciones de esta Comisión, puesto que según sus propias declaraciones, la restricción aún con carácter temporal y excepcional, impediría que el usuario pudiera realizar llamadas a determinados números telefónicos, en este caso de inteligencia de red, no siendo posible en todo momento realizar las llamadas a los números de tarificación adicional asumiendo el cliente el coste de la llamada. Para garantizar el principio de interoperabilidad, sería preciso que por TME quedara asegurado, ya fuera en caso de nuevo cliente o de cliente activo que se acogiera a la promoción, la posibilidad de simultanear el saldo promocional con el saldo propio del cliente de manera que el cliente pague la llamada al servicio de tarificación adicional con su propio saldo, sin que sea preciso agotar previamente el saldo promocional inicial.

Tal solución, de ser factible técnicamente, resultaría compatible con las Resoluciones de la Comisión en materia de interoperabilidad de los servicios.

En caso de no prestarse esa garantía, TME no podría justificar como práctica comercial, cual es la realización de promociones, negativas o restricciones para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el usuario pudiera realizar llamadas o acceder a determinados servicios garantizados en todo caso por el principio de interoperabilidad.

Una cosa es la pura promoción comercial de determinados servicios, que incluye descuentos o primas a determinadas llamadas y otra muy distinta que el usuario se vea impedido para realizar llamadas telefónicas o acceder a determinados servicios de comunicaciones electrónicas.

Ciertamente, las Resoluciones de la CMT consagran un principio de interoperabilidad que se aplica sin distinción alguna a las llamadas a números de tarificación adicional. Así, la Resolución de esta Comisión de 4 de mayo de 2000 establece con toda claridad que la obligación de interoperabilidad respecto del servicio telefónico disponible al público engloba la interoperabilidad de las llamadas cuyo destino sea un número de red inteligente. Las Resoluciones de 24 y 29 de julio de 2003 confirman este principio al tiempo que articulan procedimientos de notificación ante la CMT en el caso de detección de fraude, muy habitual en este tipo de servicios.

Concretamente, la Resolución de 24 de julio de 2003 según consta en el fundamento de derecho 3.2 contempla como supuesto de hecho el siguiente:

“Amena no ofrece a sus clientes un acceso automático a los servicios de tarificación adicional (906), sino que se requiere que previamente activen dicho servicio de manera expresa, y en el caso de los clientes de su servicio prepago les exigen además que efectúen una recarga previa de 30 euros; además tampoco se estaba ofreciendo una información suficiente a los usuarios de Amena ya que al marcar un número de Red inteligente de tarificación adicional (906) desde un terminal conectado a su red móvil no se inserta locución informativa alguna, sino que no se establece la conexión y se inserta una secuencia de tres tonos discontinuos indicativos de una ausencia de conexión (es decir aparece un tono de llamada fallida)”.

De estos hechos se concluye que:

“Los usuarios de los servicios de telefonía móvil prestados por Amena han de activar el acceso a la numeración de red inteligente que sirva de soporte a los servicios de tarificación adicional (906), es decir, que no está activado ex - ante: es decir que Amena está incumpliendo la citada normativa vigente en materia de interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones (el artículo 22.1 de la LGT, los artículos 5.8 y 27.1.1. de la OLI y la Orden Pre/361/2002) Así de lo dispuesto por la normativa sectorial de aplicación se deduce claramente que AMENA no puede exigir a sus usuarios una activación expresa de determinados servicios de manera específica y diferente del alta general en el servicio telefónico disponible al público, pues el principio de interoperabilidad y de acceso a los servicios establecidos por la LGT, la OLI, el RSU y la Orden Pre/361/2002 antes mencionados ya garantizan esa activación y acceso automático por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

defecto de los usuarios de una red pública de telefonía fija o móvil a todos los rangos de numeración activos y accesibles (...).”

Por último, en lo referente a la exigencia de efectuar una recarga previa de 30 euros a los usuarios prepago de Amena por la activación del acceso a la numeración de acceso a dichos servicios de tarificación adicional (906), en el fundamento de derecho 3.3 se declara:

“la práctica podría estar justificada siempre que quedase garantizada la obligación genérica de todo operador de red de dar acceso automático y ex ante a los mismos, por lo que puede ser admisible si existen razones objetivas que justifiquen dicho pago adicional con respecto al postpago. Sin embargo, Amena no ha alegado ni justificado suficientemente ninguna razón objetiva (costes adicionales, gastos de comercialización, etc,) para proceder a dicho cobro sino una mera alegación genérica de la “necesidad de evitar el fraude”. No obstante al no afectar su imposición a la interoperabilidad siempre que ésta quede establecida de manera ex ante y automática para todos los servicios telefónicos, esta Comisión no se pronunciará al respecto en el presente procedimiento.”

En el caso que nos ocupa, aunque la situación es bien distinta, puesto que TME no exige previamente la activación del servicio ni el pago de cantidad adicional alguna al pago del servicio antes de cursar la llamada, pudiera a la postre, si no se introducen determinadas garantías, alcanzarse el mismo efecto cual es la restricción o impedimento para la realización de llamadas a números de inteligencia de red.

En otras palabras: el hecho de que se bonifique la llamada no implica que se deba privar al usuario de la posibilidad de realizarla o se le someta a requisitos innecesarios no justificados objetivamente.

De ahí que deba concluirse que la promoción comercial analizada en el presente expediente, en los términos descritos por TME, no es compatible con anteriores pronunciamientos de la Comisión en materia de interoperabilidad de los servicios toda vez que la interoperabilidad de la llamada no está garantizada siempre que el cliente esté dispuesto a pagar por los servicios que utilice, a menos que TME introduzca esta garantía en la promoción permitiendo técnicamente e informando debidamente al usuario sobre la posibilidad de realizar llamadas a los números restringidos desde el primer momento aunque sea a cargo de un saldo no gratuito que el usuario deberá contratar.

La persecución del fraude consistente en la disociación de packs y el uso de los saldos promocionales no constituye una razón suficiente y admisible para esta Comisión, por cuanto siendo sólo unos números y unos operadores los involucrados en eventuales fraudes que se puedan producir, se imponen restricciones a la totalidad de llamadas que a números de inteligencia de red pudiera realizar el usuario. Esta Comisión, como bien conoce TME, ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habilitado un procedimiento suficientemente eficaz para la persecución singular del fraude , y es a ese procedimiento, que puede en cualquier momento adaptarse para prevenir nuevas modalidades de fraude, al que debe acogerse esa operadora en su legítimo afán de proteger sus intereses comerciales.

Además del principio de interoperabilidad, debe también analizarse si la actividad de TME pudiera constituir una práctica anticompetitiva o discriminatoria. A este respecto, una promoción que reuniese las características descritas por TME en su contestación al requerimiento de información podría considerarse, competitivamente hablando, una práctica comercial legítima y ello porque un operador es libre de desarrollar las practicas comerciales que estime convenientes siempre y cuando no resulten prohibidas por la legislación y, en particular, en lo que atañe a las competencias de esta Comisión, resulten anticompetitivas.

De este modo, entra dentro de la lógica económica que un operador aplique sus promociones comerciales a aquellos productos o servicios de los que espera obtener un retorno de la inversión realizada, distinguiéndolos así de otros productos o servicios que pueden no ser objeto de esa determinada promoción comercial. Incluso aunque regulatoriamente los distintos servicios prestados se consideren todos ellos parte del servicio telefónico disponible al público los operadores pueden libremente realizar ofertas económicas diferenciadas siempre y cuando no se produzcan prácticas anticompetitivas ni contrarias en general al ordenamiento jurídico.

La Resolución de 4 de mayo de 2000 (expediente 2000/2063) ya manifestaba al respecto que *“Esta Comisión entiende la necesidad de que los operadores realicen ofertas comerciales diferenciadas en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad empresarial, pero en el bien entendido de que tales ofertas han de cumplir con el ordenamiento jurídico, en concreto, en el ámbito que a esta Comisión le corresponde, con las obligaciones de derecho público aplicables al operador de que se trate. En este sentido, el principio de no discriminación impone a los operadores la justificación de la diferenciación impuesta a los usuarios en las condiciones aplicables a los distintos servicios por ellos ofrecidos”*. Por otra parte, y sin necesidad de pronunciamiento específico al respecto, así se ha venido entendiendo por esta Comisión, por ejemplo, al permitir la aplicación de distintos descuentos a las llamadas de tráfico internacional y provincial al operador dominante en telefonía fija.

En el caso que nos ocupa, TME se refiere a una promoción comercial que se aplica a todas las llamadas realizadas con la tarjeta prepago objeto de promoción, con exclusión de las llamadas a números de tarificación adicional, porque para estas últimas el operador dice no obtener la rentabilidad en la aplicación de las promociones que espera de su aplicación a otro tipo de llamadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este tipo de comportamiento puede estar justificado siempre que no se produzcan discriminaciones entre usuarios ni discriminaciones entre operadores susceptibles de alterar las condiciones de competencia. Si la restricción afecta por igual a todos los servicios de tarificación adicional, sin distinción de operadores ni de proveedores de estos servicios de información, y se aplica por igual y con la debida transparencia a cualquier cliente que compre el pack objeto de la promoción (la circular de TME incluye expresamente esta información en las condiciones generales del servicio), no parece detectarse la existencia de discriminaciones anticompetitivas. Tampoco parece que TME esté favoreciendo con esta práctica la utilización de sus propios servicios de información en detrimento de los prestados a través de números de tarificación adicional.

Tercero.- Respecto a las alegaciones de TME

Según TME la modificación de la Orden PRE/361/2002, mediante Orden PRE/2410/2004 de 20 de julio, por la que se introducen limitaciones al acceso a los servicios de tarificación adicional, vendría a alterar el régimen jurídico objeto de análisis en las Resoluciones de la CMT de 24 de julio de 2003 (RO 2003/799 y RO 2003/800) o de 29 de julio de 2003 (RO 2003/727), a las que hace referencia la denunciante, régimen jurídico basado en el libre acceso a los servicios de tarificación adicional.

Respecto de esta alegación conviene precisar que también tras la modificación aludida de la Orden PRE/361/2002, la regla general en relación con los servicios de tarificación adicional continúa siendo el libre acceso si bien con algunas excepciones que no vienen a alterar el contenido esencial de las Resoluciones de la CMT antes citadas.

En efecto, el vigente punto segundo del apartado cuarto de la referida Orden mantiene que el acceso a los servicios de tarificación adicional, para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público, se realizará de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre acceso y numeración.

Ahora bien, con carácter excepcional y previa audiencia del Instituto Nacional de Consumo, del Consejo de Consumidores y Usuarios y de la CMT, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá determinar mediante Resolución y en aplicación del Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones, los números o rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras que no sean de libre acceso. En estos casos, los abonados que lo deseen deberán solicitar expresamente a su operador la conexión a estos servicios



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante solicitud escrita con indicación de la fecha y firma del abonado o de su representante o apoderado.

La disposición adicional única de la Orden PRE/2410/2004 dispone en relación con este párrafo que *“Inicialmente de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del segundo punto del apartado cuarto de la Orden PRE/361/2002, y sin perjuicio de la competencia que en ella se atribuye al Secretario de Estado de las telecomunicaciones y para la Sociedad de la información no serán de libre acceso los servicios de tarificación adicional que se presten a través de los siguientes códigos:*

Código 907

Códigos de tres o cuatro cifras atribuidos a servicios de tarificación adicional de precios superiores, entre los que se incluyen los prestados a través de códigos 803, 806 y 807 seguidos por las cifras 6, 7, 8 ó 9.

En estos supuestos, los abonados que los deseen, deberán solicitar expresamente a su operador el acceso a estos servicios mediante solicitud escrita con indicación de la fecha y firma del abonado o de su representante o apoderado.

En relación con esta numeración, que tiene asociada los máximos niveles de retribución por llamadas realizadas, cabe destacar que hasta la fecha, si bien era objeto de asignación por la CMT, no había sido abierta la numeración por el Ministerio. Así la Resolución de 5 de mayo de 2003 de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en su apartado tercero disponía que *“los segmentos de numeración determinados por los valores 6,7,8 y 9 de la cifra A incluidos en el rango definido por los códigos 803, 806 y 807 (...) se irán introduciendo progresivamente conforme determine esta Secretaria de Estado en función del resultado de la implantación práctica de todas las medidas previstas que permitan una información adecuada sobre dichos servicios y la protección de derechos de los usuarios”* y, de hecho, la Secretaría no llegó a introducir esta numeración precisamente por el alto precio de los servicios y el temor a un fraude a los consumidores.

De ahí que la nueva disposición adicional no suponga un cambio respecto del régimen general de libre acceso contenido en la regulación anterior y en la Resoluciones de la CMT que se dictaron en aplicación de la misma puesto que no se refiere a la numeración abierta y configurada como de libre acceso con la regulación anterior.

Más novedosa respecto del régimen anterior es la previsión del apartado 2 párrafo 5 donde se establece que los operadores de acceso previa notificación con un mes de antelación al Instituto Nacional de Consumo, a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y a la CMT podrán determinar los rangos de numeración definidos por códigos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tres o cuatro cifras, cuyo acceso requerirá una solicitud expresa de conexión a sus abonados.

Esta disposición, que introduce la posibilidad para el operador de acceso de requerir una solicitud expresa previa a la conexión de los servicios de tarificación adicional, sí vendría a modificar la doctrina contenida en Resoluciones anteriores de la CMT, pero únicamente en los casos en que se hubiera seguido el procedimiento de notificación previsto en la misma, lo cual no es el caso.

Cuarto .- Conclusiones

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en los fundamentos anteriores esta Comisión no dispone de elementos de juicio suficientes para proceder al inicio de un procedimiento sancionador contra TME por incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión en materia de interoperabilidad de las llamadas a los servicios de red inteligente que sirvan de soporte a servicios de tarificación adicional, dado que ha quedado acreditado según Inspección realizada por esta CMT que TMI no está imponiendo actualmente restricciones a las llamadas a determinados números de inteligencia de red en el caso de promociones por las que se regalan saldos gratuitos en la compra de packs de Movistar Activa, por lo que debe concluirse la improcedencia de la incoación de un expediente sancionador.

No obstante, se recuerda para el caso de futuras promociones similares a la aquí analizada que TME deberá garantizar el principio de interoperabilidad permitiendo al usuario, en todo momento, la realización de llamadas a cualesquiera números de inteligencia de red, sin imposición de restricciones temporales o excepcionales. Para ello, deberá habilitar procedimientos técnicos que permitan simultanear el uso de saldos gratuitos y otros prepagados para que cualesquiera llamadas puedan ser realizadas por el usuario e informar asimismo al usuario con la debida transparencia de los derechos que al efecto le corresponden.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el Periodo de Información Previa de referencia, y resolver no iniciar un procedimiento sancionador al respecto, al no haber



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indicios de incumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión en materia de interconexión e interoperabilidad de los servicios para las llamadas a números de tarificación adicional por parte de TME.

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

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

Vº Bº LA VICEPRESIDENTA

EL SECRETARIO

Elisa Robles Fraga

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda.