



COMISIÓN 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 la Sesión nº 39/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de octubre de 2004, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL RECARGO POR EL USO DE TERMINALES DE USO PÚBLICO PARA LA REALIZACIÓN DE LLAMADAS GRATUITAS PARA EL LLAMANTE

(AEM 2004/1491)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de septiembre de 2004, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES S.L. (en adelante TELE 2) por el cual, en virtud de la Resolución de 31 de marzo de 2004 que modificó la Oferta de Interconexión de Referencia en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante, se solicita a esta Comisión que intervenga para: (i) analizar si Telefónica está llevando a cabo prácticas o conductas restrictivas de la competencia y/o discriminatorias. (ii) para que en caso de que realizado el análisis solicitado anteriormente se concluya con la necesidad de abrir el correspondiente procedimiento administrativo, se proceda a adoptar medida cautelar tendente a suspender, hasta la Resolución del Expediente, la aplicación a TELE2 de la compensación a terminales de uso público para servicios gratuitos para los usuarios llamantes. La referida operadora aporta Acta Notarial por la que pretenden constatar el hecho de que Telefónica de España, SAU (en adelante, Telefónica) no aplica a sus clientes el recargo aprobado por esta Comisión para llamadas desde terminales de uso público dirigidas a números gratuitos (800, 900 y cortos).

Segundo.- Con fecha 8 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la CMT escrito de CITYCALL TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante, CITYCALL), por el que se solicita que esta Comisión ponga fin a la discriminación anticompetitiva en el traslado del recargo por el uso de terminales de uso público para llamadas a numeración gratuita para el llamante desarrollada por el Grupo Telefónica, y que imponga al Grupo Telefónica la obligación de respetar el principio de no discriminación en el traslado en cascada a través de la interconexión de la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante. En concreto, que tanto TTP como Telefónica, si deciden dar traslado de la retribución, deberían hacerlo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a todas las entidades que participan en la cadena de valor, tanto a terceros operadores como a sí mismos y a sus revendedores.

Tercero.- Con fecha 17 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de JAZZ TELECOM, S.A.U (en adelante, JAZZTEL), por el que se solicita que se proceda a la apertura de un expediente informativo y adopte medidas cautelares para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere su escrito. Con el fin de demostrar la no aplicación del recargo por parte de Telefónica durante el mes de agosto, Jazztel levantó Acta Notarial con fecha 5 de agosto de 2004.

Cuarto.- Con fecha 18 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la CMT un escrito de MORE MINUTES COMMUNICATIONS S.L. (en adelante, MORE MINUTES), en el que se solicita intervención para que sea de aplicación efectiva a todos los revendedores de minutos, la compensación aprobada por esta Comisión sin discriminación alguna, ya que de no ser así y en un plazo muy corto, los revendedores de minutos de Telefónica se quedarán en una posición dominante, eliminando del mercado al resto, ya que cualquier usuario final solicitará aquellos productos que no tengan recargo de compensación.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la LRJPAC, esta Comisión dispuso, el pasado 21 de septiembre, la apertura de un período de información previa para conocer la posible existencia de comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica. Para ello se invitó a dicho operador a realizar las alegaciones que considerase oportunas y a aportar la documentación relativa a:

- Especificación de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas de los contratos realizados entre el Operador y sus distribuidores de tarjetas antes y después de la aplicación efectiva de la Resolución de 31 de marzo de 2004, relativa a la retribución asociada a los terminales de uso público por las llamadas gratuitas para el llamante.
- Justificación del pago recibido de sus distribuidores de tarjetas desde la aplicación efectiva de la compensación a terminales de uso público por llamadas realizadas desde dichos terminales a números gratuitos para el usuario llamante.
- Justificación del pago realizado a TTP por la compensación especificada en la Resolución de 31 de marzo de 2004.

Sexto.- Con fecha 23 de septiembre de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL), por el que solicita que se le tenga como interesado en el procedimiento relativo al trámite de información previa referido a problemas detectados en la aplicación del recargo por compensación por uso de terminales de uso público.

Séptimo.- Mediante escritos que tuvieron entrada en esta Comisión los días 24 y 27 de septiembre de 2004, las entidades ASTEL, AZULTEL DE ESPAÑA, S.L. (en adelante, AZULTEL) y COMUNITEL GLOBAL, S.A (en adelante, COMUNITEL)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respectivamente, presentaron una serie de alegaciones que fueren incorporadas al presente procedimiento. Para probar que el número de minutos ofrecido por los distribuidores de Telefónica es el mismo con independencia de si esa tarjeta es usada desde un terminal público o privado, ASTEL y COMUNITEL aportaron Acta Notarial en la que se pone en evidencia que las tarjetas denominadas "1004", "Telecard", "Activa 100x100", "Exclusiva" y "Happy Card" ofrecían el mismo número de minutos por el mismo precio.

Octavo.- Con fecha 29 de septiembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U (en adelante, BT) por el que se solicita que: (i) Se imponga a Telefónica la obligación de trasladar desde el 1 de agosto de 2004 el recargo por compensación por el uso de terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante desde terminales de uso público, (ii) Se inicie un procedimiento de información previa a un procedimiento sancionador para determinar los incumplimientos llevados a cabo por parte de Telefónica.

Noveno.- Con fecha 30 de septiembre de 2004 y 1 de octubre de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de ORBITEL COMUNICACIONES LATINOAMERICANAS, S.A.U (en adelante, ORBITEL), y de COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, COLT) respectivamente, por los que solicitan que se les tenga como interesados en el procedimiento relativo al trámite de información previa referido a problemas detectados en la aplicación del recargo por compensación por uso de terminales de uso público.

Décimo.- Con fecha 1 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por el que solicita un ampliación de plazo por el plazo máximo legalmente previsto dada la complejidad del asunto y la necesidad de recopilar datos e información relevante para el adecuado análisis de los hechos.

Undécimo.- Con fecha 5 de octubre se concedió una ampliación de plazo de 5 días a Telefónica.

Duodécimo.- Con fecha 5 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de MCI Worldcom (Spain) S.A. (en adelante, MCI Worldcom) por el que solicita que se le tenga como parte interesada en el procedimiento relativo al trámite de información previa y que se ponga fin en el más breve plazo a la estrategia anticompetitiva del Grupo Telefónica al tiempo que se inicie expediente sancionador.

Decimotercero.- El pasado 5 de octubre de 2004, se recibió en el Registro de esta Comisión, escrito de Tele 2 por el que presentaba pruebas relativas a los anuncios publicitarios que Telefónica realiza en las revistas de la edición Lazo Latino de julio, agosto y septiembre de 2004 en las que se puede comprobar la no disminución de minutos a aplicar a los usuarios finales para compensar el recargo para llamadas a números gratuitos desde terminales de uso público.

Decimocuarto.- Con fecha 7 de octubre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicita que, a la vista de la información aportada, proceda a archivar las denuncias presentadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimoquinto.- Con fecha 8 de octubre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de SPANTEL 2000, S.A (en adelante, SPANTEL) por el que solita que se le tenga como parte interesada en el procedimiento relativo al trámite de información previa.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El artículo 11.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Así, el mencionado artículo 3 de la LGTel recoge, entre otros, los siguientes objetivos:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.”

Por otra parte, de conformidad con el artículo 48.2 de la LGTel, la CMT tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones. De conformidad con el artículo 48.3, tal objeto se concreta, entre otras, en la siguiente función:

“e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.”

Por tanto, se concluye que esta Comisión resulta competente para intervenir en las relaciones entre operadores, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.

Segundo. - Consideraciones generales sobre el período de información previa

El artículo 69.2 de la LRJPAC dispone que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y ni constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

Tercero. El derecho de compensación

2.1. Actuaciones de la CMT para solventar la deficiencia advertida

Con el fin de preservar que los flujos económicos se produzcan en función del servicio que cada agente preste al usuario final esta Comisión se ha pronunciado en diferentes ocasiones:

- *Reconocimiento del derecho de compensación. La Resolución de 22 de diciembre de 1998 (Exp. 51-98)*

Mediante Resolución de 22 de diciembre de 1998, esta Comisión (i) estableció la obligación de TTP de permitir el acceso a números 900 desde todos sus terminales y (ii) reconoció su derecho a recuperar los costes que le ocasionaba el cumplimiento de dicha obligación, respetando la percepción por los usuarios de dichos terminales de la gratuidad de las llamadas realizadas a numeración de cobro revertido desde los mismos.

En efecto, en atención a las consideraciones aportadas por TTP, esta Comisión consideró que la realización de las llamadas gratuitas le ocasionaba perjuicios económicos contrarios a los legítimos intereses comerciales de toda entidad que desarrolla una actividad empresarial.

- *El ejercicio del derecho de compensación. La Resolución de 28 de octubre de 1999 (Exp. 1999/964).*

Mediante Resolución de 28 de octubre de 1999, esta Comisión reiteró la obligación de TTP de proporcionar acceso a números 900 desde sus terminales y su derecho a recibir una compensación económica por permitir la realización de llamadas a cobro revertido desde sus terminales. Asimismo, mediante la citada Resolución, la CMT significó que el ejercicio del mencionado derecho de compensación quedaba a la voluntad de TTP como sujeto titular del mismo y la forma de materializarlo quedaba asimismo al arbitrio de las partes afectadas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Principios aplicables al mecanismo de compensación. La Resolución de 25 de octubre de 2001 (Exp. 2000/2196)*

A los efectos que aquí interesan, cabe destacar que, aún rechazando el mecanismo de compensación presentado por TTP, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2001, esta Comisión (i) reiteró el carácter gratuito que para el usuario llamante debían tener las llamadas a 900, (ii) reconoció que la necesidad de compensación procedía en el caso de números gratuitos para el llamante en general (900, 800, y todos aquellos que sean gratuitos a excepción del 112 y de aquellos otros números para los que la legislación imponga la obligación de su coste por los distintos operadores) y (iii) estimó necesaria la reciprocidad en la aplicación de la compensación, de tal modo que cualquier entidad que explote terminales de uso público por el acceso que se realiza desde los mismos a los números 900 detenta el mismo derecho que TTP a la compensación.

En concreto, la mencionada Resolución de 25 de octubre de 2001 estableció una serie de principios aplicables al sistema de compensación de los titulares de terminales de uso público que, en su día, pudiera establecerse. Dichos principios son los siguientes:

- a) El **principio de no discriminación**, que implica que:
 - (i) El sistema debe ser tal que todos los titulares de servicios telefónicos que se prestan mediante el uso de números de cobro revertido o de tarjetas prepago desde terminales de uso público propiedad del titular o explotador de los mismos abonen la debida contraprestación por el acceso desde dichos terminales.
 - (ii) El sistema debe ser tal que asegure que "todos los agentes compensan con arreglo al acceso del que se benefician, sin que unos paguen y otros se vean exentos, o unos paguen más de lo que efectivamente les corresponda".
 - b) El **principio de reciprocidad**, según el cual, el titular o explotador del terminal de uso público que, a su vez, sea suscriptor de números de cobro revertido automático compense al resto de entidades que explotan terminales de uso público y facilite el acceso a dichos números.
 - c) El **principio de proporcionalidad**, que implica que "los costes asociados a su implementación (a la del mecanismo de compensación) han de estar justificados por el déficit real que supone el acceso a los referidos números".
 - d) El **principio de transparencia** según el cual el mecanismo de compensación "no debe ser excesivamente complejo, debe partir de costes debidamente justificados y permitir a las entidades un conocimiento exacto de la cuantía a compensar y los parámetros que lo justifican".
 - e) El **principio de actuación subsidiaria a la negociación entre las partes interesadas**, en virtud del cual el ejercicio del derecho de compensación es una cuestión que queda a la voluntad de las partes negociadoras, sin que proceda, en primera instancia, intervención alguna de esta Comisión.
- *Propuesta de un mecanismo de compensación. La Resolución de 5 de junio de 2003. (Exp. 2003/400)*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El sistema de compensación a aplicar por permitir la realización de llamadas a números gratuitos para el llamante desde terminales de uso público de su titularidad propuesto por AOTEP y TTP fue objeto de estudio en la Consulta que se contestó mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 5 de junio de 2003.

En la citada Resolución, la CMT consideró que no sería adecuada la aplicación del sistema propuesto por no adecuarse éste a los principios establecidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001. Asimismo, en la citada Resolución se reiteraron los siguientes criterios básicos aplicables al sistema de compensación que se estableciera:

- a) *El usuario deberá percibir la gratuidad de los servicios asociados a números de cobro revertido:* "El acceso a 900 es un servicio de cobro revertido automático y no implica la exigencia de una contraprestación económica para el llamante"¹
- b) *Ámbito objetivo del sistema:* La compensación debería aplicarse a las llamadas a números 900, 800, números cortos XYAB y los que sean gratuitos para el usuario llamante, con excepción de los 112 y otros para los que la normativa imponga a los operadores la asunción de costes.
- c) *Ámbito subjetivo del sistema:* Del sistema de compensación podrán beneficiarse con carácter general todos los explotadores de terminales de uso público que decidan facilitar el acceso a dichos números gratuitos, estuvieran o no obligados a prestar tal acceso.
- d) *El sistema de compensación deberá asegurar, en la medida de lo posible, una cierta economía de medios y tiempo,* de forma que su implementación involucre al menor número posible de los agentes que intervienen en la cadena de valor de las llamadas a numeración de cobro revertido desde terminales de uso público, reduciendo la participación de éstos a la estrictamente necesaria.
- e) *El mecanismo de compensación deberá respetar los principios* recogidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001 y que se concretan en los principios de no discriminación, proporcionalidad, reciprocidad, transparencia y actuación subsidiaria a la negociación de las partes.

En atención a los criterios indicados y en coherencia con anteriores pronunciamientos, esta Comisión consideró adecuada la implementación de un sistema de compensación basado en recargos en los precios de interconexión.

Por una parte, la obligación inicial de compensar recaerá sobre el operador de red inteligente, quien discrecionalmente podrá repercutir tal cantidad en los precios que cobre al suscriptor de números de cobro revertido. Por otra parte, será el operador de acceso, que puede coincidir o no con el operador de red inteligente, quien trasladará al titular del terminal de uso público la cantidad correspondiente a la compensación por la utilización de dicho terminal. En este sentido, si el operador de acceso es también el operador de red inteligente, el pago al titular del terminal de uso público será directo, mientras que, si no es el mismo, el operador de acceso recibirá del operador de red

¹ Resolución de 22 de diciembre de 1998



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inteligente la cantidad añadida a los pagos en interconexión en concepto de compensación para trasladar al titular del terminal de uso público.

- *Atribución expresa al Grupo Telefónica de la obligación de proporcionar acceso a numeración gratuita para el llamante. La Resolución de 20 de noviembre de 2003 (Exp. 2003/938)*

Acreditada una situación de bloqueo a los números gratuitos que se utilizan para prestar el servicio de tarjetas desde los terminales de uso público del Grupo Telefónica situados en vía pública y en diversas zonas turísticas, esta Comisión, mediante Acuerdo de 20 de noviembre de 2003, resolvió obligar al mencionado Grupo Telefónica a cesar en la constatada conducta y a garantizar el acceso a la numeración gratuita para el llamante desde todos sus terminales.

En efecto, esta Comisión consideró que la conducta del Grupo Telefónica constituía una conducta anticompetitiva materializada en una práctica discriminatoria y calificada como desproporcionada e injustificada debido a, entre otros motivos, la falta de perjuicio económico para TTP al reconocérsele el derecho de compensación por cursar el tráfico dirigido a números gratuitos para el llamante desde sus terminales.

- *Modificación de la OIR. La Resolución de marzo de 2004*

Con fecha 31 de marzo de 2004, la CMT aprobó la modificación de la OIR de Telefónica para establecer las obligaciones de ésta como operadora de acceso y de tránsito, en el flujo de cobros y pagos generados por la aplicación del recargo.

El sistema establecido en dicha Resolución contemplada explícitamente la situación de Telefónica, no sólo como operador de acceso y tránsito sino también como titular directo de TUP (el más importante), y por tanto beneficiaría del derecho al recargo, y como operador de red inteligente y suscriptor, a través de sus distribuidores, de números 900/800.

- **Ámbito subjetivo del derecho a la compensación**

Como la CMT estableció en anteriores pronunciamientos, tienen derecho a exigir el sistema de compensación quienes se dediquen a la explotación de terminales de uso público que faciliten el acceso desde los mismos a los números gratuitos para el llamante, con independencia del operador que provea el acceso telefónico, estén o no obligados a facilitar tal acceso, y que se acojan al procedimiento establecido en la Resolución de 31 de marzo de 2004.

Ello es así puesto que, por una parte, quienes tienen la obligación de proveer acceso a numeración gratuita han de tener el correlativo derecho a recuperar los costes que le ocasione el cumplimiento de esta obligación de acceso y, por otra parte, ha de incentivarse la provisión del acceso a números gratuitos por quienes no tienen tal obligación sin que, por ello, puedan generarse situaciones discriminatorias.

Respecto a Telefónica, ha de significarse que este operador es titular de terminales de uso público que explota en el ámbito de la prestación del servicio universal. Pues bien, las llamadas gratuitas, al igual que las restantes llamadas efectuadas desde estos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminales, generan costes en tales terminales originando, por tanto, el correspondiente derecho de compensación a favor de Telefónica (en cuanto es titular de terminales de uso público).

Asimismo, tal derecho se devenga a favor de los explotadores de terminales con independencia del operador que provea el acceso al terminal de uso público, puesto que el hecho que genera el coste, esto es, la llamada gratuita, es independiente del operador de acceso que encamine la llamada.

Respecto a la determinación de los titulares de terminales de uso público y con el fin de evitar requerimientos indebidos, Telefónica propuso, en su escrito de alegaciones relativas al expediente MTZ 2003/1574, que se concretasen las condiciones mínimas para identificar al presunto titular que tiene derecho a compensación (como se estableció en RO 2002/6162).

En efecto, esta Comisión consideró necesario determinar los siguientes aspectos.

- Será beneficiario del ejercicio del derecho a compensación aquella persona física o jurídica que sea titular, en régimen de propiedad, arrendamiento o similar, de uno o varios terminales telefónicos fijos públicos de pago conectados a la red telefónica pública fija, y desarrolle una actividad por cuenta propia consistente en la puesta a disposición de terceros de dichos terminales telefónicos con la finalidad de satisfacer una demanda puntual de comunicación del usuario desde una ubicación física concreta, con independencia de quién sea el titular de la línea telefónica que dé servicio a dichos terminales. La retribución por la cesión del uso del terminal podrá consistir, a elección del titular, en una cantidad fija por llamada, un tanto por fracción de tiempo de uso del terminal o una combinación de ambas.
- Se entenderá por terminal telefónico fijo público de pago aquel equipo de telefonía vocal que (i) esté situado en una ubicación física concreta, (ii) esté sometido a la supervisión de su titular en régimen de propiedad, arrendamiento o similar, (iii) permita al público en general acceder al servicio telefónico fijo, (iv) esté conectado en un punto de terminación de la red pública telefónica fija titularidad del operador que provea el acceso a la misma y (v) pueda hacerse uso de él utilizando medios de pago tales como monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcación.
- Se entenderá por ubicación física concreta el lugar en que esté situado el terminal telefónico fijo público de pago, que se identificará exclusivamente con una parcela de dominio público de uso común, una parcela de dominio privado adscrito a un servicio público o una parcela de dominio privado en el que se desarrolle una actividad comercial concreta, quedando excluidos expresamente de este concepto los domicilios particulares.
- Se entenderá por actividad por cuenta propia, aquella consistente en la puesta a disposición de terceros, con carácter comercial, de terminales telefónicos fijos públicos y de pago con la finalidad de satisfacer una demanda puntual de comunicación del usuario desde una ubicación física concreta, aquella que lleve a cabo el titular de dichos terminales telefónicos fijos públicos de pago caracterizada por (i) basarse en la provisión a terceros de acceso al servicio telefónico fijo a



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

través de los mismos desde una ubicación física concreta, con independencia de quien sea el titular de la línea o líneas telefónicas que provean el servicio a dichos terminales, y (ii) estar destinada a satisfacer una demanda ocasional de comunicación de dichos terceros.

- **Ámbito objetivo del derecho de la compensación**

Esta Comisión considera que el derecho a la percepción de la compensación surgirá en aquellos supuestos en los que el usuario llamante accede a números asociados a servicios gratuitos, esto es, en las llamadas a números 900, 800 y números cortos gratuitos para el usuario llamante, con excepción de los servicios de emergencia y el servicio de consulta sobre números de abonado en el ámbito del Servicio Universal (11818).

A juicio de esta Comisión, las llamadas dirigidas a los números a los que se refiere el párrafo anterior han de configurar el ámbito objetivo del derecho a la compensación, puesto que la finalidad de ésta lo constituye el recuperar los costes generados en los terminales de uso público por comunicaciones cursadas y no retribuidas por los usuarios llamantes. Asimismo, se exceptúan determinadas numeraciones gratuitas por el carácter de interés público que llevan asociados los servicios que proveen (servicios de emergencia y de consulta telefónica sobre números de abonado en el ámbito del Servicio Universal).

- **Aplicación de la medida y consiguiente modificación de los Acuerdos**

En relación con la aplicación de las medidas a que se refería la Resolución de 31 de marzo de 2004, Telefónica señaló la conveniencia de que se estableciera la aplicación inmediata de las mismas a todos los operadores interconectados. En caso contrario, afirmaba Telefónica, “no podría hacerse efectivo el modelo hasta que se haya firmado la correspondiente revisión del AGI con cada operador implicado”, lo que “implicaría lógicamente una introducción gradual del mismo”.

Asimismo, ASTEL consideraba que la compensación debía aplicarse de manera no discriminatoria entre los distintos operadores, aplicarse en el mismo momento, seguir un procedimiento idéntico en facturación y con igual cuantía.

En efecto, la inclusión de dicha medida en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España y la naturaleza jurídica de la propia Oferta, hicieron que la introducción del mecanismo de compensación de la referida Resolución pudiera sufrir importantes retrasos, toda vez que, para su aplicación, se hacía imprescindible la modificación de la totalidad de los AGIs firmados por los operadores interconectados a Telefónica.

Como esta Comisión ha señalado en distintas ocasiones, la modificación de la OIR no supone la modificación automática de los Acuerdos vigentes entre Telefónica y los operadores interconectados. En este sentido, la introducción de los nuevos términos de la Oferta hizo necesaria la solicitud de aplicación expresa por parte de los operadores interconectados o una solicitud de modificación del AGI por parte de Telefónica que podría traer consigo, incluso, una posterior intervención de esta Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se ha señalado con anterioridad, la mencionada medida no venía sino a concretar el mecanismo que permitía hacer efectivo el derecho del titular de un terminal de uso público a recibir una compensación por las llamadas a números gratuitos que se realizasen desde aquél. Este derecho ha sido reconocido por esta Comisión en diferentes ocasiones, dejando a la autonomía de las partes implicadas la determinación del mecanismo concreto que les permitiera, por una parte, determinar el montante de la compensación y, por otra, el medio para recibir esta última. Ante la evidente falta de acuerdo entre los interesados para la fijación de un modelo negociado, se hizo imprescindible la intervención administrativa y la consiguiente modificación de la Oferta de Interconexión que, sin lugar a dudas, es uno de los instrumentos fundamentales en el ámbito de la interconexión y el lugar adecuado para la introducción de esta medida.

Sin perjuicio de su incorporación en la OIR, la evidencia de que la mencionada medida había de ser aplicada a la mayor brevedad y que los mecanismos de aplicación de la Oferta no brindaban la agilidad que requería la introducción del mecanismo que hiciera posible la percepción de la compensación por el titular del terminal de uso público, esta Comisión consideró la necesidad de proceder, por este mismo acto, a la modificación de los Acuerdos entonces vigentes y en los que fuera parte Telefónica de tal modo que las medidas pudieran ser aplicadas a la mayor brevedad. Asimismo, la adopción de esta medida evitaría la eventual concurrencia de situaciones que pudieran ser consideradas discriminatorias o anticompetitivas y garantizaría la adecuación de las condiciones de acceso e interconexión e interoperabilidad de los servicios.

En consecuencia, se procedió a la modificación de los Acuerdos Generales de Interconexión en los que fuera parte Telefónica de España, S.A.U. y que se vieran afectados en los términos señalados en los Fundamentos, incorporando el texto que se incluía como Anexo I de la Resolución de 31 de marzo de 2004.

La modificación de los Acuerdos se habría de realizar en el plazo de un mes desde la aprobación de dicha Resolución. Los Acuerdos modificados habrían de depositarse en esta Comisión en el plazo máximo de 10 días a contar desde su formalización.

Cuarto.- Sobre la procedencia de la apertura de expediente

De los hechos referidos en el apartado primero de la presente Resolución resultan indicios, no desmentidos de contrario de un tratamiento presuntamente discriminatorio de Telefónica, que habiendo ejercitado el derecho que como titular de TUP respecto de operadores asignatarios de números 900/800 por llamadas dirigidas a dicha numeración no habría venido cobrándolo de sus propios suscriptores, discriminación prohibida por las Resoluciones de esta Comisión y por las obligaciones que le incumben como operador dominante.

Ello habría producido en el mercado un impacto materializado en la pérdida de tráfico hasta ese momento gestionado por otros operadores en beneficio de la propia Telefónica.

De acuerdo con las alegaciones formuladas por los interesados resulta que:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución de 31 de marzo de 2004 estableció un recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto como compensación por el uso de los terminales de uso público cuando la comunicación se dirija a numeración de cobro revertido automático. Dicha Resolución, adicionalmente estableció los principios que deberían regir la compensación que se estableciera, entre ellos, el principio de no discriminación. En conclusión, con respecto a los operadores asignatarios de numeración de cobro revertido automático se trata de procurar que todos ellos sin excepción procedan a la compensación a las empresas titulares de los terminales de uso público.

A la vista de la información presentada por Telefónica en su escrito de 7 de octubre, se puede concluir que la mencionada Operadora envió una circular informativa en junio de 2004, que es consecuencia de una anterior de octubre de 2003, por la que la mencionada Operadora comunicaba a los suscriptores de 900/800 que les sería de aplicación el recargo establecido en la Resolución de 31 de marzo de 2004. En dicha circular se establecía que si no existía comunicación por parte de dichos suscriptores antes del 15 de julio se entendía que mantenían la decisión tomada a raíz de la circular de octubre para cada uno de sus Números 900/800.

Telefónica aporta en el Anexo II de su escrito de 7 de octubre, las comunicaciones recibidas por los Agentes-Distribuidores de Telefónica: TTP, TARLER, SIC, SRI, TELECARD, TELECARD TPB, INSTANTELEKOM y MUNDICONTACT, entre otros, por las que comunican los números de acceso 900 para las compensaciones que de estas llamadas pudieran realizarse desde cabinas de uso público, asumiendo el recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto que esta Comisión estableció en su Resolución de 31 de marzo de 2004².

Sin embargo, esto no basta para demostrar la existencia de comportamiento discriminatorio de Telefónica hacia sus Agentes-Distribuidores, lo único que demuestra es que sus distribuidores tenían conocimiento del recargo. Por otra parte, que Telefónica presente en el Anexo Confidencial IV de su escrito de 7 de octubre de 2004 los importes estimados de los ingresos a percibir correspondientes a la aplicación del recargo a suscriptores de números 900/800 en concepto de compensación por el uso de terminales de uso público para llamadas gratuitas para el llamante durante los meses de junio y julio³ tampoco demuestra que esté cobrando la compensación en los mismos términos a otros Operadores que tengan otros Agentes-Distribuidores.

Además, los operadores denunciantes han detectado fuertes evidencias de que el recargo por la compensación a los terminales de uso público no está siendo trasladado a los clientes finales usuarios de tarjetas de prepago por parte de los distribuidores autorizados de Telefónica, que además tienen la exclusividad con esta empresa en

² La mencionada circular señala que del total de llamadas que reciben los números 900/800 comerciales, sólo el 3% aproximadamente procede de los Terminales de Uso Público. En este sentido es preciso señalar que este porcentaje no es cierto para los comercializadores de tarjetas.

³ De acuerdo con el Resuelve cuarto de la Resolución de 31 de marzo de 2004, las solicitudes que realicen los titulares de terminales de uso público a sus operadores de acceso durante el periodo de dos meses, desde la aprobación de la dicha Resolución, quedarán suspendidas hasta que expire dicho periodo, comenzando a partir de dicho momento el cómputo del plazo inicial establecido en el apartado 3.3. de los Fundamentos de la mencionada Resolución. Por tanto, esta Comisión no puede por menos que mostrar su sorpresa respecto al hecho de que exista titulares de terminales de uso público que hayan solicitado dicha compensación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuanto a la comercialización de las tarjetas prepago que actúan con numeraciones de cobro revertido automático de Telefónica. Las evidencias encontradas que aportan son las siguientes: (a) una tarjeta prepago de estos distribuidores ofrece al cliente final el mismo número de minutos con independencia de si esa tarjeta es usada desde un terminal privado o desde un terminal de uso público. (b) Estos distribuidores han publicitado durante el mes de agosto, directamente la no aplicación del recargo en el precio de las tarjetas, esta promoción es un hecho estable ya que la comercialización sigue realizándose de la misma manera.

Igualmente los operadores denuncian los efectos anticompetitivos en el mercado derivados de la no repercusión del recargo a los distribuidores de Telefónica, lo que haría que dicha Operadora, incluso el Grupo Telefónica podría estar llevando a cabo una estrategia anticompetitiva, ya que desde su posición estaría impidiendo competir en iguales condiciones a los demás agentes en el sector, ya que si estos trataran de configurar ofertas como las que están empleando los distribuidores de esa empresa, se verían abocados a vender sin obtención de margen comercial alguno, e incluso por debajo de sus costes. Los efectos de la estrategia que parece estar empleando Telefónica son devastadores para los demás agentes presentes en el sector, por lo que se hace necesaria la adopción de medidas urgentes ya que hay distribuidores que en tan sólo un mes han perdido un 70% de sus ventas.

Como se ha señalado, Telefónica en los anexos II y IV (confidencial) de su escrito de 7 de octubre, presenta la aceptación, por parte de sus Agentes-Distribuidores, del recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto para las llamadas gratuitas para el llamante realizadas desde terminales de uso público, así como el detalle de las facturas correspondientes a junio y julio y emitidas a los mismos en concepto de *“recargo por llamadas a sus números 900/800 con origen en terminales de uso público”*. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente esto no prueba que no exista trato discriminatorio por parte de Telefónica en favor de sus Agentes-Distribuidores. De existir dicho trato discriminatorio, los Agentes-Distribuidores de Telefónica podrían haber aprovechado el pago aplazado en las facturas correspondientes al mes de agosto como consecuencia de la automatización del sistema de facturación para captar un volumen importante de ventas como consecuencia de agresivas promociones estivales y gracias a la comunicación usuario a usuario de aquellas tarjetas más ventajosas.

Vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Único.- Incoar expediente para analizar el comportamiento de Telefónica con relación a las denuncias presentadas por los operadores, por ASTEL y por algunos mayoristas revendedores de tráfico de telefonía de uso público en relación con las condiciones de aplicación del recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto en concepto de compensación por el uso de terminales de uso público para llamadas gratuitas para el llamante para estudiar la posible existencia de algún trato discriminatorio de Telefónica a favor de sus Agentes-Distribuidores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Carlos Bustelo García del Real