



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELAZQUEZ 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 24 junio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION DE LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICION INTERPUESTOS POR TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U., LA ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL, CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 31 DE MARZO DE 2004, POR EL QUE SE MODIFICA LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN CUANTO A LA RETRIBUCION ASOCIADA A TERMINALES DE USO PUBLICO EN LLAMADAS GRATUITAS PARA EL LLAMANTE.

En relación con los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por las entidades Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A. Sociedad Unipersonal contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm 24/04, la siguiente Resolución:

Resolución de 24 de junio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/771.

HECHOS

PRIMERO. Con fecha 31 de marzo de 2004, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un Acuerdo en virtud del cual se modificó la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(en adelante TESAU) en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante (MTZ 2003/1574).

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 28 de abril de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el 30 de abril del mismo año, Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (en adelante, TTP) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente que la obligación del pago de la compensación por parte de los operadores asignatarios de numeración gratuita a los titulares de terminales de uso público existe, al menos, desde el momento en el que se dicta la Resolución recurrida.

En efecto, la recurrente señala que esta Comisión, a través de varias Resoluciones, ya había reconocido, con anterioridad al dictado de la Resolución recurrida, el derecho a ser compensada por los costes incurridos en el cumplimiento de la obligación de mantener abiertos sus terminales a las llamadas de acceso gratuito para el llamante. En virtud de ello, TTP pone de manifiesto que *“si el derecho a la compensación y su ejercicio son anteriores a esta Resolución, la obligación paralela de pago nace en el mismo momento en el que nace tal derecho”*, y no transcurridos dos meses desde la fecha de la aprobación de la Resolución recurrida como se establece en el punto Cuarto de la parte dispositiva de la misma.

De esta forma, si bien el mecanismo de compensación se inicia transcurridos dos meses tras la aprobación de la Resolución, la obligación de pago de los operadores existe, *“al menos, desde el 1 de abril de 2004, fecha de ejecutividad de la Resolución (art. 56 y 57 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)”*. De manera que, continúa la recurrente, *“los operadores asignatarios de los números que generan derecho a compensación deben remitir la información necesaria correspondiente a las llamadas a partir del 1 de abril de 2004(...), de forma que puedan ir disponiendo los Departamentos de Facturación de los datos necesarios para que, a partir, de la implementación efectiva del mecanismo de compensación pueda solicitarse el pago de la retribución”*.

En cuanto al periodo anterior a la Resolución recurrida, manifiesta TTP que esta Comisión podría fijar una indemnización global, con cargo a los operadores que se han beneficiado de esta situación en aquel periodo, aunque añade que *“las cuestiones relacionadas sobre el ejercicio del derecho de forma retroactiva es una cuestión estrictamente civil que por tanto, correspondería resolver a la jurisdicción civil.”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Mediante escrito de fecha 5 de mayo de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1. Que mediante la Resolución recurrida se está produciendo una sobrecompensación por el uso de los terminales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) situadas en dominio público.

A diferencia de lo que entiende esta Comisión en la Resolución de 31 de marzo de 2004, ASTEL considera que la finalidad del recargo del 51,56% reconocido en la Orden Ministerial PRE 2085/2003¹ no es resarcir el margen negativo de beneficio en que incurre TESAU por cumplir una de las prestaciones que integran el servicio universal, sino *“fijar el precio “asequible” de empleo de los terminales de TESAU en dominio público, es decir, la retribución por el uso de los mismos, retribución que tiene la misma finalidad que la compensación que mediante la Resolución de 31 de marzo se pretende aprobar.”*

Por tanto, el uso de terminales de uso público en dominio público de TESAU ya está siendo retribuido en su totalidad por el recargo del 51,56% recogido por la citada Orden, por lo que el establecimiento en los Acuerdos Generales de Interconexión (en adelante AGI's) de un recargo como el aprobado en la Resolución de 31 de marzo de 2004 conllevará una sobrecompensación a TESAU totalmente injustificada.

2. Que el recargo establecido en la Resolución de 31 de marzo de 2004 tiene un carácter desproporcionado.

Manifiesta ASTEL que, teniendo en cuenta que el uso de los terminales de uso público de TESAU situados en dominio público se encuentra ya compensado por el recargo de la Orden PRE 2085/2003, la cantidad establecida en la Resolución recurrida es totalmente desproporcionada e incluso excede del recargo establecido en la citada Orden, referente a las llamadas realizadas desde esos terminales sin empleo de numeración de cobro revertido automático. En este sentido, la recurrente afirma que el recargo aprobado por la Orden incluye también la

¹ Orden PRE 2085/2003, de 22 de julio por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 10 de julio de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se modifica el recargo máximo a aplicar a las llamadas desde teléfonos de uso público en la vía pública, prestado por Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compensación de partidas de costes excluidas para el cálculo del recargo establecido en la Resolución recurrida, por lo que esta compensación debería ser, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, inferior a la establecida para las comunicaciones realizadas desde terminales de uso público de TESAU situados en dominio público a números no gratuitos para el llamante.

Por tanto, la imposición de dicho recargo a los operadores obligados a satisfacerlo, les genera una situación de *“absoluta indefensión”* al verse obligados a sobrecompensar el uso de los terminales.

3. Que mediante la Resolución recurrida se está produciendo indefensión y perjuicios tanto a los operadores alternativos como a los clientes finales.

Manifiesta la recurrente que TESAU está utilizando de una manera anticompetitiva el recargo que le ha sido reconocido por esta Comisión. En efecto, el recargo impuesto mediante la Resolución recurrida supone un incremento espectacular en los costes de las llamadas realizadas a través de tarjeta prepago, básicamente llamadas internacionales, con lo que los operadores se verán obligados a subir los costes de las tarjetas, mientras que TESAU ha aprovechado para reducir el precio de llamadas desde cabinas a estos destinos. Esta situación, entiende ASTEL, deja en situación de indefensión al resto de los operadores que no pueden competir con estos precios de TESAU para llamadas internacionales desde cabinas.

De manera que la recurrente considera que en la Resolución recurrida se está empleando la OIR para imponer a los operadores alternativos la obligación de sobrecompensar el uso de los terminales en dominio público de TESAU, medida que es totalmente contraria al artículo 9 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración todavía vigente.

4. Que deben tomarse las medidas necesarias para evitar el fraude a que puede dar lugar el procedimiento establecido en la Resolución recurrida.

Manifiesta la recurrente que algunos de sus asociados han tenido conocimiento de *“posibles planteamientos fraudulentos”* por parte de alguna empresa explotadora de terminales de uso público, por lo que la recurrente desea proponer una serie de medidas para evitar que estas prácticas puedan llevarse a cabo. Señala que debería procederse a la apertura de una incidencia para determinar si se está produciendo algún tipo de fraude, tomándose cautelarmente las siguientes medidas: restringir el acceso desde ese supuesto terminal a la numeración 900 afectada y retener el pago de las cantidades compensatorias a la empresa titular



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del terminal objeto del problema. Por último, ASTEL estima que estas medidas deberían mantenerse hasta la Resolución de la incidencia que se hubiera abierto.

5. Que se solicita la suspensión de la Resolución recurrida, ya que la ejecución de la misma podría causar perjuicios de imposible o muy difícil reparación.

CUARTO. Mediante escrito con fecha 6 de mayo de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la entidad BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1. Que la Resolución recurrida vulnera lo recogido en la normativa aplicable al servicio universal.

Según BT, los terminales de TESAU en dominio público no deben ser objeto de la compensación por llamadas gratuitas para el llamante. Para argumentar esta afirmación, reitera las alegaciones que, acerca de tales terminales, realizó dentro del trámite de audiencia en el marco del procedimiento administrativo MTZ 2003/1574. En efecto, BT reitera que la Resolución impugnada vulnera el artículo 24 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003) por cuanto el mismo establece cuál es el coste de prestación del servicio universal y su forma de financiación, aspectos que no se cumplen a la hora de determinar la compensación por este tipo de llamadas. En este sentido, la recurrente afirma que no cuestiona que TESAU deba ser compensada por los costes en que incurre por efectuarse llamadas a números gratuitos desde cabinas, sino que tal compensación debe ser, de acuerdo con el artículo 22.1.c) de la Ley 32/2003, calculada y financiada de conformidad con lo establecido para el servicio universal.

2. Que el valor de la compensación aprobado en la Resolución recurrida es contrario a la normativa.

BT señala que el importe de la compensación aprobado incumple el debido principio de proporcionalidad, no está correctamente calculado en base a los costes, afecta negativamente a la competencia y supone un enriquecimiento injusto para Telefónica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala la recurrente que ha sido la propia Comisión la que, en la Resolución recurrida, estableció que uno de los principios aplicables al mecanismo de compensación por las llamadas desde cabinas a números gratuitos para el llamante es el principio de reciprocidad y que la determinación de la compensación debería llevarse a cabo de conformidad con los costes en que incurriría TESAU. Pues bien, respecto a la aplicación de dichos principios, manifiesta la recurrente que, en la determinación del precio de la compensación en ningún momento se ha declarado la existencia de déficit por la prestación del servicio de cabinas.

Y, por último, concluye BT afirmando que el recargo a numeración gratuita debe ser necesariamente menor que el recargo a numeración de pago. Por ello, no es correcto que la compensación aprobada en la Resolución de 31 de marzo 2004 sea superior al recargo que se ha aprobado para las llamadas de pago desde terminales de uso público de TESAU en dominio público, esto es, el 51,56% del precio por minuto de llamada.

3. Que se solicita la suspensión de la Resolución recurrida, ya que la ejecución de la misma podría causar perjuicios de imposible o muy difícil reparación.

QUINTO. Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fechas 6, 10 y 13 de mayo de 2004, se cumplió, para los recursos de TTP, ASTEL y BT respectivamente, el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), así como, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la misma ley, se dio traslado a las entidades interesadas de estos recursos de reposición para que alegasen lo que estimasen conveniente.

SEXTO. En el seno del recurso interpuesto por TTP han tenido entrada en el Registro de esta Comisión los siguientes escritos de alegaciones:

Con fecha de 12 de mayo de 2004 se ha recibido, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito interpuesto por Quality Telecom, S.A. (en adelante, Quality) en el que presenta dos alegaciones que nada tienen que ver con las del recurrente.

En efecto, Quality hace referencia, en primer lugar, a la consideración realizada en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 31 de marzo de 2004, en la que se establecía que, si los operadores asignatarios de las numeraciones gratuitas lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estimaran conveniente, pueden ofrecer a sus subscriptores de numeraciones que generen derecho a compensación la opción de restringir el acceso a sus servicios a llamadas con origen en terminales de uso público. A este respecto, considera que antes de nada debe analizarse el proceso a seguir para que los subscriptores de numeraciones gratuitas puedan tener restringido el acceso desde los terminales de uso público.

Como segunda alegación de este escrito, Quality propone que la compensación a retribuir establecida por esta Comisión de 4,79 céntimos de euro por minuto, con el tiempo medido en segundos, sea un importe máximo, pudiendo tener cada titular del terminal de uso público la libertad de fijación del importe de la citada compensación.

Con fecha de 24 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones de Business Telecom Systems, S.A. (en adelante, BTS).

En ese escrito manifiesta el interesado que la pretensión de la recurrente debe ser rechazada, ya que el recurso de reposición interpuesto por la misma no es el método que debería haber utilizado para hacer efectivo el derecho solicitado, y añade que la Resolución es clara y no necesita de ninguna interpretación ulterior.

Con fecha de 25 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Auna Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, AUNA).

En dicho escrito de alegaciones, AUNA señala que esta Comisión en la Resolución recurrida no resuelve sobre el derecho y la consiguiente obligación de pago, sino sobre el mecanismo de compensación concreto que posibilite el ejercicio de dicho derecho. Y continúa señalando que, en dicho procedimiento de compensación no caben las dudas de interpretación que resalta TTP, ya que el plazo de dos meses establecido para que se ponga en práctica el mecanismo de compensación de la Resolución ha de considerarse claro e imprescindible.

Por otro lado, dado que no existen criterios objetivos que permitan determinar la compensación por las llamadas realizadas con anterioridad a tales plazos, esta Comisión, manifiesta AUNA, en ningún caso debería fijar una compensación global alguna por las llamadas realizadas con anterioridad a la fecha de inicio del ejercicio del derecho a la retribución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha de 27 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, dentro del plazo ampliado otorgado al efecto, escrito de alegaciones de ASTEL.

En estas alegaciones, ASTEL considera que en la Resolución recurrida se recoge claramente que *“la obligación de pago a través del mecanismo en ella establecido, nacerá respecto de las llamadas cursadas a partir del día primero del mes inmediatamente posterior al siguiente de aquél en el que se entiende realizada la solicitud al operador de acceso, y para poder efectuar tal solicitud deberá esperarse a la adaptación de los sistemas en el plazo de dos meses concedido por la Comisión.”*.

Acerca del plazo de dos meses, ASTEL considera que *“es totalmente necesario para los desarrollos a realizar por lo que durante el mismo se carecerán de los sistemas adecuados que permitan recoger la información necesaria para el cálculo de las compensaciones. Por tanto, en el supuesto de que se hubiera establecido el empleo “retroactivamente” del procedimiento establecido por la CMT, esta obligación hubiera sido de imposible cumplimiento ya que se carecería de los sistemas para determinar las compensaciones a cada empresa titular de terminales de uso público.”*. De esta forma, señala que el aplicar la Resolución de 31 de marzo de 2004 de forma retroactiva provocaría *“una injusticia y un daño irreparable en los operadores pues en el pasado no han tenido esas condiciones y no van a poder tampoco trasladar el coste a sus clientes.”*

Por otro lado, el alegante afirma que durante el plazo que ha llevado reconocer el derecho de compensación y de pago, TTP, a pesar de las resoluciones en contra, ha llevado a cabo de manera sistemática cortes en la prestación del servicio, por lo que la aplicación del recargo de forma retroactiva no podría llevarse a cabo sin establecer igualmente las compensaciones de daños y perjuicios a las que TTP debería hacer frente por los costes en el servicio, ya que no es posible aplicar solo el derecho y no la obligación.

Con fechas 25 de mayo y 14 de junio de 2004 han tenido entrada en el Registro de esta Comisión alegaciones complementarias de TTP.

En estos dos documentos la recurrente aporta copia de la presentación ante el operador de enlace de la solicitud de compensación y un soporte magnético descriptivo de la planta de terminales afectados con sus números geográficos y sus direcciones correspondientes. Igualmente anexa copia de escritos dirigidos a los operadores asignatarios de números gratuitos informando de los consumos de este tráfico generado en los terminales públicos de TTP, con destino a numeraciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asignadas a dichos operadores, desde el 1/4/2004, para facilitar su correspondiente previsión.

SÉPTIMO. En el seno del recurso interpuesto por ASTEL han tenido entrada en el Registro de esta Comisión los siguientes escritos de alegaciones:

Con fecha de 12 de mayo de 2004 se ha recibido, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito interpuesto por Quality Telecom, S.A. (en adelante, Quality) en el que presenta alegaciones que nada tienen que ver con las del recurrente.

Según Quality, el petitum expresado por los interesados en el procedimiento que dio lugar a la Resolución recurrida nada tiene que ver con el propósito del mismo. Así, Quality estima que de las cuestiones planteadas por los interesados no se deriva necesariamente una modificación de la OIR y que se le ha privado de su derecho a alcanzar un acuerdo con dichos interesados.

A juicio de Quality, en aras del principio de mínima intervención, la Comisión únicamente debería haber examinado los AGIs en vigor entre TESAU y el conjunto de operadores concretos referidos en el escrito que inició el procedimiento. Finalmente, indica Quality que, dado que el procedimiento no se inició de oficio, tampoco es procedente la modificación de la OIR a resultas del artículo 11.4 de la Ley 32/2003.

Con fecha de 24 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones de BTS.

En este escrito BTS manifiesta su conformidad plena con el recurso interpuesto por dicha asociación.

Con fecha de 25 de mayo de 2004 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU.

En dicho escrito de alegaciones se expone básicamente lo siguiente:

1. Que en el recurso interpuesto por ASTEL no concurre ninguna causa de nulidad o anulabilidad, por lo que debe ser inadmitido a trámite.
2. Que la Resolución recurrida es perfectamente ajustada a derecho y que la recurrente no ha hecho sino presentar las mismas argumentaciones que realizó en el expediente que culminó en la Resolución de 31 de marzo de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Que existe una importante diferencia entre el recargo de la Orden PRE 2085/2003 y la compensación reconocida por medio de la Resolución recurrida.

El primer recargo se aplica a llamadas con carácter no gratuito, siendo por tanto soportado por el usuario llamante. Sin embargo, el segundo se establece sobre llamadas realizadas a números gratuitos, por lo que será el operador asignatario quien soporte la compensación.

En este sentido, el coste de empleo de los terminales de uso público es idéntico en llamadas gratuitas que en no gratuitas, y, sin embargo, en el primer caso no se estaba compensando los costes que igualmente genera el uso de dichos terminales. Por consiguiente, no se está compensando por partida doble a TESAU como titular de terminales de uso público sino que se están compensando en supuestos diferentes los costes que igualmente genera el uso de sus terminales.

4. Que la Orden PRE 2085/2003 y la Resolución recurrida compensan supuestos distintos y, por lo tanto, su cuantía es distinta.

OCTAVO. En el seno del recurso interpuesto por BT, con fecha de 19 de mayo de 2004 se ha recibido, dentro del plazo otorgado al efecto, escrito interpuesto por Quality en el que presenta alegaciones que nada tienen que ver con las del recurrente. En dicho escrito se pone de manifiesto lo siguiente:

1. Que la existencia de los terminales de uso público de TESAU situados en el dominio público de uso común fue compensada mediante el recargo establecido en la Resolución de esta Comisión de 10 de agosto de 1998, actualizado mediante la Orden PRE 2085/2003, por lo que la compensación establecida en la Resolución recurrida es injustificada.
2. Que para el tipo de llamadas objeto de la Resolución recurrida, TESAU únicamente debería poder aplicar un recargo al precio del servicio de soporte puesto que no está prestando ningún servicio de valor añadido al servicio que ya proporciona el Prestador del Servicio de Tarificación Adicional.
3. Que si TESAU puede acceder a la recuperación de los costes que le ocasiona el acceso a las numeraciones gratuitas para el llamante desde sus terminales de uso público situados en dominio público, debería revertir los beneficios que genera el acceso a las numeraciones de tarificación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional desde los mismos terminales una vez descontados los referidos costes en que incurriría una supuesta operadora máximo eficiente.

NOVENO. Con fecha 3 de junio de 2004, el Consejo de esta Comisión aprobó la Resolución por la que se deniega la suspensión solicitada por ASTEL y BT en relación con la ejecución de la Resolución recurrida de 31 de marzo de 2004.

En el seno de esta Resolución se procedió a acumular los recursos presentados por ASTEL y BT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURIDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero. Acumulación

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dispuso, mediante la Resolución de 3 de junio de 2004 por la que se denegó la suspensión solicitada por ASTEL y BT en relación con la Resolución recurrida de 31 de marzo de 2004, acumular los recursos interpuestos por las entidades ASTEL y BT tramitados bajo los números de expediente AJ 2004/778 y AJ 2004/822 respectivamente.

En el mismo sentido, se procede a acumular, habida cuenta de la íntima conexión existente entre los procedimientos, este expediente acumulado al interpuesto por la entidad TTP tramitado con número de referencia AJ 2004/771.

Por consiguiente, los tres recursos de reposición interpuestos por TTP, ASTEL y BT quedan acumulados bajo el número de expediente AJ 2004/771.

Segundo. Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Los recurrentes califican expresamente sus escritos, con fechas de entrada en esta Comisión de 30 de abril de 2004 y 5 y 6 de mayo del mismo año, como recursos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar a los escritos presentados como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha de 31 de marzo de 2004.

Tercero. Admisión a trámite.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que *“contra las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa e indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”* podrán interponerse, por los interesados, los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

Cuarto. Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recursos corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Quinto. Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesados por cuanto que ya lo eran en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a los recurrentes para la interposición del presente recurso acumulado potestativo de reposición.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero. Sobre la alegación de TTP en cuanto a la fecha de aplicación de la obligación de pago de la compensación mediante el procedimiento definido en la Resolución recurrida.

TTP considera que el contenido de la Resolución, en concreto el Resuelve Cuarto, podría generar alguna duda o conflicto en la práctica. En este punto se indica que los sistemas de facturación han de adecuarse en un plazo de dos meses desde la aprobación de la Resolución recurrida, a partir de los cuales los titulares de terminales de uso público podrán solicitar el pago de la compensación por la realización de llamadas gratuitas para el llamante.

Frente a ello, TTP solicita que la Resolución debe ser modificada para reconocer que la obligación de pago existe, al menos, desde el momento en que se dicta la Resolución. En ese sentido, la recurrente señala que esta Comisión había reconocido anteriormente el derecho a ser compensada por los costes incurridos en el cumplimiento de la obligación de mantener abiertos sus terminales a las llamadas de acceso gratuito para el llamante, lo que podría llevar a fijar por esta Comisión una compensación retroactiva global a los titulares de esos terminales, con cargo a los operadores que se han beneficiado de la situación con anterioridad a la aplicación del mecanismo definido.

En efecto, esta Comisión ya ha puesto de manifiesto, en diversas ocasiones, el reconocimiento explícito por la Comisión del derecho a dicha compensación². Sin embargo, lo que se pretende en la misma es definir un mecanismo de compensación que cumpla con todas las previsiones establecidas en las diferentes Resoluciones dictadas al respecto y, por tanto, fijar unos plazos que den lugar a la consolidación en interconexión entre operadores de acceso y asignatarios de números de cobro revertido. Todo ello lleva a reiterar que, en la Resolución que se recurre, esta Comisión no está cuestionando desde cuándo se tiene el derecho a la compensación, sino que se establece un mecanismo concreto para su ejercicio.

² Esta Comisión se ha pronunciado al respecto en las siguientes ocasiones: Resolución de 22 de diciembre de 1998 por la que se reconoce el derecho a compensación. Resolución de 28 de octubre de 1999 por la que se establece que el ejercicio y la forma de materialización del derecho a compensación queda al arbitrio de las partes. Resolución de 25 de octubre de 2001 por la que se establecen los principios aplicables al mecanismo de compensación. Resolución de 5 de junio de 2003 por la que se propone un mecanismo de compensación de acuerdo con los principios antes señalados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, para que pueda materializarse el cobro efectivo de la compensación mediante el mecanismo establecido en la Resolución impugnada, en primer lugar, ha de implantarse dicho mecanismo y para ello se concede un plazo de dos meses en la propia Resolución. Esto es, no puede pretenderse que sea aplicado un procedimiento determinado antes de que dicho procedimiento haya podido ser implantado.

En este sentido, hasta transcurridos dos meses desde la aprobación de la Resolución recurrida, los operadores no van a tener adecuados los sistemas de facturación con el correspondiente número llamante asociado a cada llamada que les permita identificar de manera exacta aquellas llamadas originadas en terminales de uso público con derecho a compensación y con destino a numeraciones gratuitas que sean objeto de dicha compensación. Por consiguiente, hasta que este mecanismo no se implante, transcurridos, por tanto, dos meses desde la aprobación de la Resolución recurrida, los operadores interconectados carecerán de toda la información necesaria para realizar las compensaciones y los pagos.

Así, tal y como alega AUNA, dado que no existen criterios objetivos que permitan determinar la compensación por las llamadas realizadas con anterioridad a tales plazos, esta Comisión considera que en ningún caso debería fijar compensación retroactiva global alguna por las llamadas realizadas con anterioridad a la fecha de inicio del ejercicio del derecho a la retribución. De hecho, con el procedimiento definido en la Resolución que ahora se recurre, donde se establecen unos plazos para que se puedan realizar las adecuaciones de los sistemas de los operadores necesarias para su implantación, es de todo punto imposible fijar una compensación retroactiva que cumpliera los principios establecidos por la propia Comisión en anteriores pronunciamientos.

En definitiva, TTP no pretende una aclaración de la Resolución como sostiene, sino una interpretación de la misma con la que esta Comisión está totalmente en desacuerdo. Por consiguiente, el derecho a compensación mediante la ejecución del sistema completo que ha sido definido en la Resolución que se recurre no puede ser efectivo hasta que no sea realizada su propia implantación.

Segundo. Sobre la alegación de ASTEL respecto a la sobrecompensación por el uso de terminales de uso público de TESAU situados en dominio público.

Según ASTEL, los terminales de uso público de TESAU en dominio público no deben ser objeto de la compensación por llamadas gratuitas para el llamante. A estos efectos, ASTEL reitera los argumentos realizados dentro del trámite de audiencia evacuado en el marco del procedimiento administrativo MTZ 2003/1574



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del que trae causa la Resolución impugnada. Así, la recurrente considera que la finalidad del recargo del 51,56% por minuto reconocido en la Orden Ministerial PRE 2085/2003 es, al igual que en la compensación aprobada mediante la Resolución de 31 de marzo, la retribución por el uso de los terminales de uso público. Por tanto, considera que la retribución aprobada mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004 conllevará una sobrecompensación a TESAU totalmente injustificada, por el uso de sus terminales de uso público en dominio público.

En este sentido, no añadiéndose en el escrito de interposición del recurso nuevos argumentos a los ya analizados, esta Comisión debe indicar que en la Resolución de 31 de marzo de 2004 ya fueron contestadas y desestimadas de forma suficientemente motivada las alegaciones presentadas por ASTEL.

Así, ASTEL hace repetidas referencias a la Orden PRE 2085/2003, estimando que el recargo establecido por dicha Orden cubriría todo tipo de llamadas desde los terminales de TESAU. Al respecto, conviene recordar que el recargo establecido en la Orden es aplicable a las llamadas realizadas exclusivamente desde terminales de uso público de TESAU sitios en dominio público con coste para el usuario llamante, mientras la Resolución que aquí se recurre versa sobre llamadas gratuitas para el llamante, realizadas desde cualquier terminal de uso público.

Por otro lado, cabe resaltar que, en todo caso, es preciso tener presente que la Resolución que se recurre no establece el derecho de los titulares de terminales de uso público a ser compensados por llamadas gratuitas para el llamante, sino que, tal y como ha sido puesto de manifiesto, dicho derecho ya fue reconocido anteriormente, en distintas Resoluciones³.

En el mismo sentido, tampoco el procedimiento que trajo causa de la Resolución que ahora se impugna tiene por objeto establecer si, concretamente TESAU, en su condición de titular de terminales de uso público, tiene derecho a la compensación. Dicho ámbito subjetivo ya fue establecido en anteriores Resoluciones de esta Comisión y ahora, mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004, únicamente se viene a concretar un mecanismo específico de compensación en interconexión no sólo para TESAU, sino para todos los titulares de terminales de uso público. Así, ya en la Resolución de 25 de octubre de 2001 se señaló que “el suscriptor de números gratuitos para el llamante compensa al resto de entidades que explotan terminales de uso público y facilitan acceso a dichos números”.

³ Ver Nota al pie 2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero. Sobre la alegación de ASTEL respecto al carácter desproporcionado del valor del recargo aprobado mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004.

ASTEL señala que el recargo aprobado es desproporcionado y para ello reitera las alegaciones del escrito presentado en el trámite de audiencia del expediente que culminó con la Resolución que se recurre.

Estas alegaciones ya fueron debidamente contestadas en la Resolución que ahora se impugna, significando que han sido utilizados los datos de las partidas adecuadas, recogidas en el estándar de costes corrientes de la Contabilidad de Costes de Telefónica, con los principios, criterios y condiciones definidos por esta Comisión. Puesto que estas partidas indican los costes reales, éstos son los datos que deben utilizarse, y no los que provienen de un ejercicio realizado para otro tipo de llamadas distintas en orden a fijar recargos para el minorista aprobados en la Orden PRE 2085/2003.

Contrariamente a lo que sostiene ASTEL, para el cálculo del importe de la compensación han sido tomados los datos de un operador eficiente. Por ello, esta Comisión entiende que la compensación no es excesiva y que el recargo que los operadores han de satisfacer no les genera una absoluta indefensión.

Asimismo, conviene significar que los valores de compensación actualmente en vigor en los países de nuestro entorno que tienen establecido el derecho a cobrar dicha compensación corroboran el hecho de que en absoluto pueda hablarse de "valor excesivo"⁴.

Cuarto. Sobre la alegación de ASTEL respecto a las consecuencias del contenido de la Resolución impugnada sobre los operadores y los clientes finales.

ASTEL considera que la compensación en interconexión aprobada ha sido utilizada y continuará utilizándose para la realización de actuaciones anticompetitivas.

De nuevo esta Comisión reitera que la Resolución que se recurre no hace sino regular la implantación de un sistema de compensación concreto, pero que el derecho a la compensación ya estaba establecido mediante anteriores

⁴ Dentro de los países del IRG, la compensación es definida como cargo de interconexión en el Reino Unido, Irlanda, Francia, Italia, Bélgica y Portugal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pronunciamientos. Asimismo, debe indicarse que en muchos de los AGI's ya estaba acordado el pago en interconexión por llamadas a números gratuitos desde cabinas de TESAU (y no desde otros terminales de uso público), pese a que la OIR no lo requería.

En todo caso, ha de indicarse que si la recurrente estima que TESAU incurre en conductas anticompetitivas, tiene la posibilidad de presentar ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de intervención.

Por otro lado, ASTEL entiende que la bajada de precios realizada por TESAU (anunciada el 28 de abril de 2004) en sus cabinas hacia ciertos destinos internacionales ha sido consecuencia inmediata de la compensación impuesta.

A este respecto, es preciso manifestar que, debido al régimen de “*price cap*” aplicable durante el año 2004 a los precios máximos de determinados conceptos del servicio telefónico fijo y de las llamadas fijo a móvil⁵, las modificaciones realizadas en ciertas tarifas repercuten en las tarifas aplicables desde cabinas, manteniendo en todo caso, como máximo, el margen establecido, todo ello con independencia de la Resolución que se recurre.

Por otra parte, estima ASTEL que “(...)resultarán perjudicados los clientes finales subasignatarios de numeración de cobro revertido automático, puesto que es a ellos a los que se repercutirá el recargo como es lógica empresarial(...). Igualmente perjudicados resultarían los clientes finales que optan por el empleo de las tarjetas telefónicas, no solo por el precio, sino por las comodidades y flexibilidad que éstas conllevan) que igualmente verán como aumenta el precio de sus comunicaciones injustificadamente”.

Pues bien, en los procesos efectuados en todo tipo de llamada se producen una serie de costes que generalmente repercuten en el precio de la llamada. Uno de estos costes es el asociado al uso de terminales de uso público para llamadas gratuitas para el abonado llamante. Una vez definido cómo se trata el coste entre el operador de acceso y el interconectado y entre el propietario del terminal de uso público y el operador de acceso, el modo cómo se haga la transmisión de dicho coste es algo que deben acordar los demás agentes involucrados en la llamada: operador interconectado, cliente de la numeración de cobro revertido automático y clientes de tarjetas telefónicas.

⁵ Orden PRE 3103/2003, de 5 de noviembre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, dentro de esta alegación, ASTEL señala que se está empleando la OIR para imponer a los operadores alternativos la obligación de sobrecompensar el uso de los terminales de uso público de TESAU, medida totalmente contraria al sentido del artículo 9 RD 1651/1998, todavía vigente.

A este respecto, esta Comisión considera que la OIR no se está empleando para imponer a los operadores la obligación de compensar el uso de los terminales, ya que a tal obligación ya estaban sujetos los operadores en virtud de anteriores Resoluciones de la Comisión. Mediante la Resolución que se impugna únicamente se determina, a través de la interconexión, la concreción del procedimiento que permita a los titulares de terminales de uso público ejercitar su derecho, ya anteriormente reconocido por esta Comisión, a percibir una compensación por las llamadas gratuitas para el usuario llamante.

Quinto. Sobre la alegación de ASTEL respecto a posibles fraudes y medidas para evitarlos.

ASTEL expone en su escrito que puede existir un fraude consistente en: *“(...)el empleo de enlaces primarios para cursar continuamente llamadas a numeración 900, de manera que obtendrían la compensación que se establece mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004 sin que hubiese un uso real de un terminal de uso público.”*. A este respecto, propone que ante el descubrimiento o la sospecha fundada de que se esté llevando a cabo una práctica de este tipo, se restrinja el acceso desde ese supuesto terminal a la numeración 900 afectada y se retenga el pago de las cantidades compensatorias a la empresa titular del terminal objeto del problema.

Esta Comisión es muy sensible a los posibles fraudes asociados a los servicios y, con el fin de evitarlos, ya en la Resolución objeto del recurso se concretan las condiciones mínimas para identificar al presunto titular del terminal de uso público. Asimismo, se establece el procedimiento de comunicación del citado titular al operador de acceso, donde se requiere que se facilite la información que le acredite perfectamente, y, en su caso, puedan tomarse acciones contra él por usos fraudulentos. En los casos en los que se determine la existencia de un fraude serán tomadas las medidas adecuadas por el ente que corresponda en cada caso, incluyendo, si se considera oportuno, la adopción de medidas cautelares.

Sexto. Sobre la alegación de BT sobre la compensación por el uso de terminales de TESAU en dominio público



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según BT, los terminales de TESAU en dominio público no deben ser objeto de la compensación por llamadas gratuitas para el llamante. En este sentido, reitera las alegaciones que, acerca de tales terminales, realizó dentro del trámite de audiencia en el marco del procedimiento administrativo MTZ 2003/1574. En efecto, BT reitera que la Resolución impugnada vulnera el artículo 24 de la Ley 32/2003, por cuanto el mismo establece cuál es el coste de prestación del servicio universal y su forma de financiación.

Frente a lo señalado por BT, esta Comisión se remite a las razones expuestas en la Resolución de 31 de marzo de 2004 donde ya fueron desestimadas las alegaciones de BT en el Fundamento de Derecho correspondiente, de forma suficientemente motivada.

Ante todo, conviene reiterar a tales efectos que, el procedimiento que trajo causa de la Resolución que ahora se impugna no tiene por objeto establecer si TESAU, en su condición de titular de terminales de uso público, tiene derecho a la compensación. Dicho ámbito subjetivo ya fue establecido en anteriores Resoluciones de la Comisión y, ahora, mediante la Resolución de 31 de marzo, tal y como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento Jurídico Material Segundo, únicamente se viene a concretar un mecanismo específico de compensación.

Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene BT, los razonamientos vertidos por la Comisión en la Resolución de 31 de marzo de 2004 están plenamente ajustados a Derecho y no carecen de fundamento, por lo que procede remitirse a los mismos como motivación de la alegación presentada por la recurrente.

Ciertamente, TESAU, en su condición de prestador del servicio universal debe asumir una serie de obligaciones. Así, respecto a los terminales de uso público, TESAU está obligada a un determinado despliegue de los mismos posibilitando el acceso desde ellos a, entre otra numeración, la gratuita para el usuario llamante. Sin embargo, la existencia de estas obligaciones y su regulación en modo alguno impide que TESAU, en su condición de titular de terminales de uso público, pueda tener derecho a la compensación reconocida a todo titular de terminal de uso público por la realización de llamadas gratuitas para el llamante, de igual modo que tiene derecho al cobro de las llamadas no gratuitas. Así, la propia naturaleza de la compensación y los supuestos en los que procede no discriminan en función de quién sea el titular del terminal.

Por el contrario, la Resolución que se recurre versa sobre numeración gratuita para el llamante y no hace sino regular la implantación de un sistema concreto del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derecho a la compensación que ya estaba establecido y no entra a tratar ningún tipo de recargo sobre las llamadas que tienen un precio para el llamante ni si este recargo debería aplicarse únicamente al servicio soporte o al precio total del servicio.

Séptimo.- Sobre la alegación de BT respecto al valor del recargo aprobado en la Resolución que se impugna

BT señala que el importe de la compensación aprobado incumple el debido principio de proporcionalidad, no está correctamente calculado en base a los costes, afecta negativamente a la competencia y supone un enriquecimiento injusto para Telefónica.

Para el cálculo de la compensación, BT hace comparaciones con los recargos permitidos en cabinas para llamadas a numeraciones de pago y reitera sus alegaciones realizadas durante el trámite de audiencia, tratando de justificar los supuestos realizados con razonamientos que carecen de base.

Los datos tomados por esta Comisión en la determinación del importe de la compensación en la Resolución impugnada se corresponden tanto con los costes como con los datos de tráfico debidamente auditados y verificados por el Consejo de esta Comisión. En consecuencia, para poder realizar de una manera correcta y coherente la cuantía de la compensación por las llamadas gratuitas para el llamante hay que tomar en consideración, tal y como ha hecho esta Comisión, los datos de un operador máximo eficiente que preste servicio de telecomunicación en todo el territorio nacional.

Realizar hipótesis a partir de porcentajes estimativos del total de llamadas que reciben los números 900/800 comerciales resulta cuando menos discutible e impreciso, ya que estos datos no están contrastados, auditados ni verificados. Asimismo, debe indicarse que, sin más datos que una hipótesis del porcentaje total de llamadas realizadas a números 900/800, tampoco puede determinarse el porcentaje de este tipo de llamadas realizadas desde cabinas.

Finalmente, conviene significar que los valores de compensación actualmente en vigor en los países de nuestro entorno que tienen establecido el derecho a cobrar dicha compensación corroboran el hecho de que en absoluto puede hablarse de “valor excesivo”⁶.

⁶ Ver Nota al pie 4.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por las entidades Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones S.A. Sociedad Unipersonal contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2004, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso publico en llamadas gratuitas para el llamante.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real