



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 11 de enero de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2000/2882-3228 INCOADO A LA ENTIDAD “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL” POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 13 DE JULIO DE 2000

Finalizada la instrucción del expediente sancionador AJ 2000/2882-3228 incoado a Telefónica de España, S.A.U por acuerdo del Consejo de esta Comisión de fecha 13 de julio de 2000 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 01/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 11 de enero de 2001, recaída en el expediente sancionador AJ 2000/2882-3228.

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 13 de julio de 2000 fue dictado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el acuerdo de iniciación del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento sancionador de referencia, mediante el cual se imputaba a la entidad "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." la posible comisión de una infracción administrativa tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Documento nº 7 de este expediente). La imputación se fundamentó en los siguientes hechos:

1º. La Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, (expediente ME 1999-1742) que resolvió la denuncia formulada por la Asociación de Internautas contra Telefónica de España, S.A.U por su actuación en la aplicación de los planes de descuento establecidos en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999 para determinados números de teléfono correspondientes a centros de acceso al servicio Internet de NAVEGALIA, ALEHOP/CANAL21, JAZZFREE y UNI2, impuso a Telefónica de España, S.A.U. el cumplimiento de la obligación de aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a los números que se correspondan con centros de acceso al servicio internet (en adelante CASI) pertenecientes a las operadoras: LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (UNI2), RETEVISIÓN, S.A. (ALEHOP/CANAL 21), AIRTEL MÓVIL, S.A. (NAVEGALIA) Y JAZZ TELECOM, S.A. (JAZZFREE), siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *TELEFÓNICA deberá aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a un solo número de teléfono de destino con tarifa metropolitana que solicite cada abonado de acceso directo. El abonado solo tiene que manifestar en su solicitud el número de teléfono de destino y el nombre del proveedor de acceso a Internet correspondiente.*
- b) *TELEFÓNICA sólo podrá denegar ab initio la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o si corresponde a un PSI que no tiene título habilitante para prestar el servicio.*
- c) *Una vez contratado el Plan de descuento, TELEFONICA podrá cancelar el descuento si comprueba que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI."*

Por otro lado, la misma Resolución impuso a los operadores del servicio de acceso a Internet LINCE RETEVISIÓN, AIRTEL Y JAZZTEL, la obligación de suministrar a Telefónica los números que correspondan a un acceso CASI. Por resolución de 6 de julio de 2000, y en estimación parcial del recurso de reposición interpuesto por LINCE contra la citada resolución de 30 de marzo, se eximió a los citados operadores de su obligación de proporcionar los números correspondientes a accesos CASI cuando fueran números de red inteligente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2º. Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2000 (documento nº 1 ter de este expediente) la representación legal de la Asociación de Internautas denunció ante esta Comisión la posibilidad de que varias de las entidades operadoras a las que afecta la citada Resolución de 30 de marzo de 2000 la estuvieran incumpliendo. En apoyo de su denuncia la citada Asociación adjuntaba, en soporte magnético (disco de ordenador), 37 mensajes electrónicos que manifestaba haber recibido de particulares, en los que se denunciaba la imposibilidad de contratar los Planes descuento a que se refiere la citada Resolución de 30 de marzo de 2000. La Asociación denunciante solicitaba la incoación de procedimientos sancionadores contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A., RETEVISIÓN, S.A., AIRTEL MÓVIL, S.A. U JAZZ TELECOMUNICACIONES, S.A.

3º. En atención a la citada denuncia, esta Comisión, de conformidad con lo establecido en el art. 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del art. 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, con fecha 4 de abril de 2000 inició un período de información previa (Expediente ME 2000-2539) sobre las denuncias formuladas con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar los procedimientos sancionadores instados por la entidad denunciante.

Durante el período de información previa se recibieron en esta Comisión numerosos escritos de denuncia (más de cuarenta) en los que se solicitaba que se requiriera a Telefónica y al resto de las operadoras el cumplimiento inmediato de la Resolución de 30 de marzo de 2000. Asimismo, se solicitaba el inicio del correspondiente procedimiento sancionador contra dichas entidades. En aplicación del artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha procedido a tramitar de forma acumulada todas las citadas denuncias. (Los documentos 0 a 9 de dicho expediente ME 2000-2539 han sido incorporados al presente).

Con fecha 7 de julio de 2000 se ha recibido en el Registro de esta Comisión un escrito de la Unión de Consumidores de la Comunidad de Madrid (UCE) por el que se denuncia a la entidad "JAZZTEL" por un presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000. Adjunto al citado escrito de denuncia (que se tramita en un procedimiento separado con el número de expediente 2000/2937-3230) se incluye una carta suscrita por el Director de Gestión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reclamaciones de Telefónica. (Copia compulsada de estos escritos fueron remitidas por la Directora de la Asesoría Jurídica para su incorporación a este expediente, como Documento nº 17). En citado documento se reconoce por parte de Telefónica que no tramita las solicitudes de contratar el servicio "bononet" de aquellos números que no figuren en el "*listado de números de PSDI*" [sic] que aparece en la página web de la Secretaría General de Comunicaciones, listado al que se puede acceder a través del icono "Novedades".

Analizado el contenido de los escritos de denuncia y el documento al que se refiere el párrafo anterior, resulta que hay indicios suficientes para entender que Telefónica de España, S.A.U. ha estado denegando "*ab initio*" solicitudes de aplicación de los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999, por motivos diferentes a los previstos en el apartado "b" del punto primero de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, esto es, que la solicitud se refiera a un número de teléfono de destino cuya tarifa no sea metropolitana o que corresponda a un PSI que no tiene título habilitante para prestar el servicio de acceso a Internet.

4º. El día 5 de junio de 2000 se comunicó a Telefónica de España, S.A.U la existencia de las citadas denuncias y la apertura del período de información previa, a fin de que pudiera efectuar las alegaciones que estimase convenientes. Telefónica no ha presentado alegación alguna sobre el particular.

5º. Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se desprendió que había elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento del apartado primero de la parte decisoria de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, por el que se imponía a la citada entidad, el deber de aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a los números que se correspondan con centros de acceso al servicio internet pertenecientes a las operadoras: LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (UNI2), RETEVISIÓN, S.A. (ALEHOP/CANAL 21), AIRTEL MÓVIL, S.A. (NAVEGALIA) Y JAZZ TELECOM, S.A. (JAZZFREE), siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los incisos a), b) y c) del citado apartado.

El presunto incumplimiento resultaría del hecho de que Telefónica pudo haber denegado la aplicación de dichos planes a abonados amparándose en que los números para los que se les solicitaba la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación del plan no le habían sido comunicados previamente por los operadores ISP correspondientes. Este motivo de denegación sería contrario a lo establecido en los citados incisos a), b) y c) del apartado primero de la Resolución de constante referencia.

Asimismo, se concluyó que dicho incumplimiento podía ser constitutivo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 30 de marzo de 2000 adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones públicas.

SEGUNDO. El acuerdo de iniciación fue debidamente notificado a Telefónica de España, S.A.U, a los denunciantes y al Instructor del procedimiento sancionador según consta en el expediente (documentos 8, 9 y 10). Una vez realizadas las citadas notificaciones, se practicaron de oficio, al amparo del art. 16.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante Reglamento del Procedimiento Sancionador) las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Dichas actuaciones consistieron en lo siguiente:

- A) Solicitud dirigida a la Directora de la Asesoría Jurídica de esta Comisión para que remitiera al Instructor cualquier documentación o información, obrante en la citada dirección, que pudiera ser de interés para la mejor instrucción del procedimiento sancionador (documento 16). Tal solicitud fue contestada por la Directora de la Asesoría Jurídica, mediante su escrito de 30 de noviembre de 2000 (documento 17). Junto con el citado escrito se aporta información de interés para la comprobación de los hechos objeto del procedimiento, concretamente los documentos 1.30 (y su anexo 4), 22 y 24 del expediente AJ 2000-2937-3230, relativo al expediente sancionador incoado a la entidad Jazz Telecom, S.A. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 14 de septiembre de 2000.
- B) Solicitud de informe al Director de Análisis Económico de esta Comisión sobre la estimación del beneficio bruto que la entidad presuntamente infractora haya podido obtener como consecuencia de los actos u omisiones de los que trae causa la infracción objeto del procedimiento (documento. núm. 18). La citada solicitud fue contestada mediante informe de fecha 1 de diciembre de 2000 (documento núm. 19).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- F) Solicitud al Director de Administración y Gestión Económica de esta Comisión para que remitiera copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 1999 presentada ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por Telefónica de España, S.A.U (documento. núm. 12). Esta solicitud fue cumplimentada mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2000 de la citada Dirección al que se acompañaba copia compulsada del documento solicitado (documento núm. 13).

TERCERO. Con fecha 2 de agosto de 2000, Telefónica de España, S.A.U. presentó escrito de alegaciones con respecto al acuerdo de iniciación del expediente sancionador (documento núm. 11 del expediente).

El escrito presentado por Telefónica contiene, por una parte, alegaciones sobre el procedimiento sancionador y, por otra, la solicitud de apertura de periodo de prueba y de que en el mismo se admitan determinados medios de prueba. Las alegaciones que se efectúan son las siguientes:

- 1º Que Telefónica de España, S.A.U. ha cumplido de modo escrupuloso el apartado Primero de la Resolución de la Comisión de 30 de marzo de 2000 (Alegación Primera del escrito).

Invoca a favor de esta alegación el Informe de los Servicios de la Comisión de fecha 21 de febrero de 2000, sobre aplicación por Telefónica de los planes de descuentos recogidos en la O.M. de 11 de febrero de 1999, en los cuales, según Telefónica, los Servicios de la Comisión *"sugirieron la elevación de una propuesta al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se resolviese desestimar la solicitud de intervención presentada por la Asociación de Internautas en relación con la aplicación por parte de Telefónica de los planes de descuento de la O.M. de 11 de febrero de 1999"*. Según Telefónica, la Resolución que puso término al referido expediente (ME 2000/2539), *"sin existir aparentes motivos que lo justificasen"..."no tuvo en consideración la recomendación de los servicios de la CMT, aprobando una resolución totalmente diferente y respecto de la cual no pudieron efectuarse ningún tipo de alegaciones"*. A juicio de Telefónica, *"tal y como fue manifestado en el escrito de recurso contra la resolución no resulta comprensible este cambio de criterio dentro de la CMT pues no obra en el expediente ningún documento que lo justifique"..."por lo que entendemos que el cambio de criterio no ha sido suficientemente motivado"*. De ahí concluye Telefónica que ha sufrido indefensión por no poder alegar con relación a la Resolución citada, que, según ella, le exigía *"el cumplimiento inmediato de unas obligaciones que hasta ese momento desconocía"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2º Que, desde el punto de vista de Telefónica, y en cuanto a las condiciones que debería cumplir dicha compañía para llevar a cabo la adscripción de los usuarios al plan de descuentos establecido en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, cabe deducir que:

"del juego del contenido de la Resolución de 6 de julio de 2000 [por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España contra la Resolución de la CMT de 30-3-2000] y de la [Resolución] de 30-3-2000 puede concluirse lo siguiente:

1. *Que Telefónica de España podría denegar "ab initio" la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o si corresponde a un PSI que no tiene título habilitante para prestar el servicio.*
2. *Que Telefónica de España podrá denegar la contratación del plan de descuentos en aquellos casos en que le constase con certeza que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI.*
3. *Que una vez contratado el plan de descuento, Telefónica de España podrá cancelar dicho descuento si comprueba que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI."*

Invoca a favor de esta alegación lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 2.4 de la citada Resolución de 6 de julio de 2000 , que establece lo siguiente:

"como ya se ha expuesto anteriormente, resulta lógico que Telefónica puede denegar la contratación del Plan de descuento en aquellos casos que le conste con certeza que el número de teléfono para el que se solicita no se corresponde con un acceso CASI".

- 3º Que Telefónica de España, S.A.U., *"a pesar de no compartir el contenido de la Resolución de esa CMT de fecha 30-3-2000, lo que motivó que interpusiese el recurso de reposición contra la misma"... "cumplió escrupulosamente todas las obligaciones impuestas por la resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000."*

Invoca a favor de esta alegación los siguientes argumentos:

- a) *"El hecho de que, desde la aprobación de la Resolución de 30-3-2000 hayan sido contratados 84.723 descuentos bononet." De ellos, según las cifras aportadas por Telefónica, más de 11.000 corresponden a números CASI de los operadores a los que afecta la Resolución citada.*
- b) *"La implantación de una operativa de altas y bajas, en virtud de la cual los sistemas de Telefónica de España sólo denegaban "ab initio" la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llamada al número de teléfono de destino no fuese metropolitana o correspondiese a un PSI que no tenga título habilitante para prestar el servicio. Del mismo modo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el propio sistema, una vez producida un alta, la rechaza posteriormente, cuando se tiene certeza de que la misma no se corresponde a números CASI".

Este punto b) de la Alegación Tercera de Telefónica es particularmente relevante para la resolución de este Expediente, por cuanto contiene (páginas 8 y 9 del escrito) una descripción particularizada del funcionamiento de la mencionada "operativa" de altas y bajas, que se reproduce literalmente a continuación:

"En concreto, la operativa seguida responde al siguiente esquema:

- *Una vez aportados por los operadores sus números de acceso a Internet, Telefónica de España los introduce en la aplicación informática preparada al efecto, en la cual quedan reflejados la totalidad de números CASI, así como su titularidad.
De esta manera, Telefónica conoce perfectamente cuales son los números CASI de cada operador, o de cada PSI, pues estos así lo han acreditado.*
- *Cuando el usuario solicita el alta en el plan, la misma sólo se deniega en el supuesto de que la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o se corresponda a un PSI que no tenga título habilitante para prestar el servicio.*
- *Fuera de los dos supuestos anteriores, Telefónica de España procede a dar de alta al usuario en el plan de descuentos. Una vez producida el alta, pueden plantearse dos supuestos:*
 - a) *Que el usuario aporte un número CASI que se corresponde a un número aportado por el operador. En este supuesto, los sistemas de Telefónica de España, en la certeza de que ese número CASI corresponde a un PSI continúan la tramitación del alta ya producida, de manera automática.*
 - b) *Que el usuario aporte un número CASI que no se corresponda a un número aportado por el operador. En este supuesto, en el que el número respecto del cual se solicita el descuento no aparece en los listados aportados por los operadores como números CASI, los sistemas de Telefónica de España una vez tramitada el alta, la rechazan posteriormente, de forma automática, al tener el mismo la certeza de que el número no se*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corresponde a los números CASI comunicados por el operador, por lo que se informa al usuario de la necesidad de que su PSI cumpla la obligación impuesta por la CMT."

Continúa Telefónica su argumentación para fundamentar su tercera alegación, del modo siguiente:

- c) "Aun cuando la Resolución imponía a los operadores la orden de remitir a Telefónica de España los número [sic] CASI, Telefónica de España, al objeto de tener la certeza necesaria exigida por la Resolución, dirigió una comunicación a cada uno de los operadores afectados, en unos casos para que remitieran los números CASI, si es que disponían de ellos, y en otros casos para que confirmaran si los números CASI remitidos a Telefónica de España con anterioridad a la Resolución de la CMT de 30-3-2000, habían experimentado alguna variación". (Se hace mención asimismo de la particularidad que a tal respecto tiene el sistema establecido de común acuerdo con Airtel Móvil, S.A.)

Al exponer la solicitud y envío de listados de CASI a cada operador, Telefónica expone reiteradamente su opinión de que el hecho de disponer de los listados aportados por cada uno de los operadores, le permite *"tener la certeza necesaria exigida por la CMT para cancelar, una vez producida el alta del abonado en el plan de descuentos Bononet, los descuentos relativos a los números"...." que no se encontrasen recogidos en la lista de números facilitados por dicho operador"*. Según Telefónica, mediante estos listados, tiene acreditado los números CASI corresponden a cada operador, teniendo certeza de que los números comunicados por el mismo son única y exclusivamente los que que dicho operador le ha manifestado. Asimismo, señala Telefónica que le consta con certeza que cualquier otro número distinto a los señalados en los listados no se corresponden a un CASI de dichos operadores, pues así se lo ha acreditado el operador.

- 4ª En cuanto a las denuncias que han dado origen al presente procedimiento, Telefónica señala lo siguiente:
- que su presentación ha sido fomentada por la Asociación de Internautas, pese a lo cual sólo ha alcanzado el número de cuarenta y seis (46) denuncias sobre un número total de altas que supera las ochenta y cuatro mil (84.000).
 - que no responde a la realidad lo expresado en las mismas de que *"la operadora del servicio 1004 se negó a la contratación del Plan*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitado", puesto que, según Telefónica, dichos operadores del 1004 "no se han negado en ningún momento a la contratación del Plan, simplemente se han limitado al contratar el Plan solicitado, a exponer al cliente la problemática existente que no es otra que al no corresponder el número solicitado a un número CASI de los comunicados por los operadores el sistema informático automáticamente impide continuar con la contratación por lo que el descuento se da automáticamente de baja".

- En cuanto a la situación concreta relativa a cada uno de las cuarenta y seis denuncias presentadas con relación a números CASI concretos que han motivado el presente expediente, Telefónica detalla la de cada una de ellas en las páginas 14 a 25 de su escrito de alegaciones, que se relacionan directamente con el Documento nº 10 que dicha entidad acompaña a sus alegaciones. De las mismas cabe destacar lo siguiente:
 - Denuncias relativas a números CASI Telefónica considera que, al no estar incluidos en los listados de números CASI facilitados por cada operador, Telefónica tiene la certeza de que no se corresponde un acceso CASI y el sistema informático interrumpe la tramitación del descuento iniciada tras dar de alta al abonado en el mismo: Se trata de las denuncias que se agrupan en los apartados 1 a 21, 23, 25 del citado Documento nº 10, que totalizan un conjunto de 41 solicitudes que Telefónica reconoce no haber tramitado aplicando el plan de descuentos solicitado.
 - Denuncias que al parecer de Telefónica, no se relacionan con el expediente abierto: Se trata de las dos denuncias incluidas en los apartados 22 y 24 del Documento nº 10, la primera de ellas relativa a un CASI de Supercable, entidad ajena al expediente, y la segunda relativa a un número 900, cuya tarifa no es la metropolitana.
 - Denuncias respecto de las cuales Telefónica reconoce no haber atendido la solicitud de aplicación del Plan sin causa para ello, alegando que ello se ha debido a error, entendiendo que dicho error es mínimo con relación al total de descuentos Bononet tramitados. Se trata de las tres denuncias incluidas en los apartados 26 y 27 del Documento nº 10 citado.

Como conclusión, Telefónica afirma haber cumplido escrupulosamente lo dispuesto en la Resolución de 30 de marzo de 2000, con la única salvedad de los tres errores en que admite no haber tramitado los descuentos sin que hubiese causa para ello. Asimismo insiste en que no puede tener interés alguno en contratar los planes de descuento que le sean solicitados. Y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reitera (página 26 del escrito de Alegaciones) que "una vez los operadores han remitido a Telefónica de España el listado de sus números, ésta ha tenido la certeza de que esos números se corresponden con un CASI y, por lo tanto, también tiene constancia de que las solicitudes que se refieren a números distintos de los recogidos en los listados remitidos por los operadores no se corresponden a ningún PSI".

En el citado escrito de alegaciones, Telefónica de España, S.A.U. solicitó la apertura de período de pruebas, proponiendo los siguientes medios:

- "Documental consistente en incorporar al presente expediente los documentos que se adjuntan a este escrito y cualquier otro que se pueda adjuntar al mismo.
- Testifical."

Conforme a todo lo cual, Telefónica solicita el archivo del expediente sancionador abierto contra ella por el presunto incumplimiento de la resolución de 30 de marzo de 2000 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

CUARTO. Como se ha indicado, en su escrito de alegaciones Telefónica solicitó la apertura de un periodo de prueba y la admisión de los medios que la misma cita (prueba documental y testifical).

Por acuerdo de 28 de noviembre de 2000 del Instructor del procedimiento sancionador (documento núm. 14) se denegó la apertura del período de prueba solicitado, por no ser necesaria la práctica de la prueba propuesta, ni ser tampoco precisa la práctica de prueba alguna de oficio. En particular, el acuerdo señaló que:

"se estima que la prueba propuesta por los interesados debe ser declarada innecesaria conforme a lo dispuesto en el artículo 80 antes citado, por no existir controversia sobre los hechos sobre los que versa el presente procedimiento, sino sobre su valoración. Ello sin perjuicio de que los documentos adjuntos a las alegaciones de la parte sean tenidos en cuenta en la Resolución del presente procedimiento, según ordena la normativa aplicable. En particular, con respecto a la prueba testifical propuesta, la omisión de las personas a que se refiere hace imposible la estimación de la procedencia de la misma, dada su inconcreción."

El citado Acuerdo de denegación de la apertura del período de pruebas fue notificado a Telefónica de España, S.A.U. por el Instructor del procedimiento mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2000. (documento núm. 15).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO. Con fecha 5 de diciembre de 2000, el Instructor del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

"PRIMERO. Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U de la comisión de una infracción muy grave y continuada tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento del punto c) del Apartado Primero de la parte decisoria de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, que resolvió la denuncia formulada por la Asociación de Internautas contra Telefónica de España, S.A.U por su actuación en la aplicación de los planes de descuento establecidos en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999 para determinados números de teléfono correspondientes a centros de acceso al servicio Internet de NAVEGALIA, ALEHOP/CANAL21, JAZZFREE y UNI2.

SEGUNDO. Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U una sanción por importe de SETECIENTOS MILLONES DE PESETAS (700.000.000 pesetas), equivalentes a CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL OCHENTA Y CUATRO EUROS Y SETENTA Y TRES CENTIMOS (4.207.084,73 euros)."

SEXTO. La propuesta de resolución fue notificada a Telefónica de España, S.A.U el día 5 de diciembre de 2000, concediéndole el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimara pertinentes ante el Instructor del Procedimiento. El citado plazo fue posteriormente ampliado por solicitud de la interesada en seis días hábiles.

Con anterioridad a la finalización del plazo ampliado, Telefónica de España, S.A.U. presentó un escrito en el que se formulan alegaciones a la propuesta de resolución que pueden sintetizarse del modo siguiente:

Primera. Antecedentes de Hecho.

- a) "La Resolución de 30 de marzo de 2000" ... "liga la comprobación de la pertenencia de un número de destino a un acceso CASI con la obligación de los operadores (LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL) de proporcionar a Telefónica de España los números que correspondan a accesos CASI"..
- b) "Telefónica de España ha cumplido escrupulosamente con lo establecido en la Resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000, toda vez que"...ha cancelado únicamente aquellas altas respecto de las que ha comprobado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que el número de destino comunicado por el usuario no correspondía a ningún número CASI comunicado por los operadores".

Segunda. Sobre el Hecho Probado Segundo.

- a) "La contradicción existente entre el contenido de los hechos probados segundo y tercero y quinto, basada en la imposibilidad que unas mismas solicitudes hayan sido denegadas "ab initio" y canceladas una vez dadas de alta, no puede sino llevar a rechazar sin más el contenido del hecho probado segundo, partiendo del principio de que es imposible y contrario a las más elementales reglas de la lógica el que se impute por el Instructor la realización de dos conductas que son necesariamente excluyentes entre sí".
- b) "Resulta absolutamente contraria a la realidad la afirmación consistente en decir que Telefónica de España no probó que a dichos números no les era aplicable la tarifa metropolitana ni que no pertenecían a un PSI sin título habitante...esto... se deduce del hecho de que la única denegación "ab initio"... sea la relativa a la solicitud presentada por D. Alfonso Algora, la cual, como ha quedado demostrado, fue correctamente denegada tras comprobar que la misma se refería a un número 900, que no constituye llamada metropolitana"
- c) "Ha resultado acreditado que mi representada, después de haber dado de alta al usuario en el plan de descuentos, únicamente cancelaba la misma tras comprobar que el número de teléfono no pertenecía a un acceso CASI".
- d) Niega la existencia de un "Plan preconcebido" de actuación, como se detalla más adelante al tratar de la alegación relativa a la existencia de "infracción continuada".

Tercera. Sobre el Hecho Probado Tercero.

- a) "La Resolución de la CMT de 30 de marzo de 2000, si bien prevé la posibilidad de que Telefónica de España pueda cancelar el descuento si comprueba que el número de destino no pertenece a un acceso CASI, no establece el modo en que debía realizarse la referida comprobación por parte de Telefónica de España".
- b) "Teniendo un mismo apoyo y asiento, tanto la obligación de comprobación de Telefónica de España, como la obligación de los operadores de comunicar a la misma los números que corresponden a un acceso CASI, parece obvio que el método de comprobación de si un número de teléfono pertenece o no a un acceso CASI sea el cotejo del número solicitado por el usuario por la lista de números CASI enviada por el operador"
- c) "Que, no obstante lo anterior, Telefónica de España no se limitó a cotejar el número solicitado por el usuario con la lista de números enviada por el operador." Junto a otras actuaciones de petición de listas de número ya indicadas en las Alegaciones al escrito de iniciación del Expediente, se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

indica que Telefónica realizó la siguiente actuación: "Efectuó numerosas llamadas telefónicas a los operadores, tanto para reclamarles los listados, como para hacerles consultas en caso de duda sobre si un determinado número correspondía o no a un acceso CASI". Y añade que "los operadores... cada vez que se les dirigía una llamada de comprobación al objeto de que aclarasen si un número estaba o no incluido como acceso CASI, remitían a su propio listado".

- d) Asimismo Telefónica niega que la lista de números que deben facilitar los operadores sean una "lista interna" o "lista privada", por derivar de una obligación impuesta por resolución administrativa.

Cuarta. Sobre el Hecho Probado Cuarto.

- a) "En momento alguno se ha reconocido la elaboración de una lista interna constituida a base de listas remitidas por los operadores, sino que lo que se ha manifestado es que se habían incluido las únicas listas de números CASI existentes, esto es, las aportadas por los operadores ...en una aplicación informática preparada al efecto".
- b) El cotejo de los números de destino comunicados por los usuarios ... con las listas de números ...como medio de comprobación de si un número de destino corresponde o no a un acceso CASI, resulta el medio más idóneo posible, desde "la perspectiva que nos da la más elemental lógica", puesto que "señalando incluso en la resolución de 30 de marzo de 2000 que la no remisión de esta información implicaría, por inacción, impedir el cumplimiento por Telefónica de la Orden de 11 de febrero... la remisión de dichos números constituye necesariamente un medio de comprobación perfectamente ajustado a Derecho". Aduce Telefónica su propia perspectiva, indicando que es "la primera interesada en contratar el mayor número de descuentos". Indica asimismo que la Secretaría General de Comunicaciones solicitó mediante escrito de 14 de diciembre de 1999 las listas de números de la red telefónica fija asociados a los CASI, a fin de su publicación en la "web", señalando que se ha procedido a la remisión de dichas listas y a sucesivas actualizaciones.
- c) Finalmente señala que el error advertido en los tres casos a que se refiere el Hecho Probado tuvo lugar no en su cotejo con una lista interna elaborada por Telefónica, sino por un "fallo en la comprobación de números CASI incluidos en los listados aportados por Airtel", indicando que las citadas solicitudes "deberían haber sido atendidas sin proceder a su cancelación, toda vez que Telefónica tenía constancia que los números solicitados correspondían a números CASI pues así se lo había comunicado el operador correspondiente".
- d) Admite la existencia de errores en la cancelación, si bien indica que a su parecer los mismos no pueden calificarse sino como "mínimos" en relación con el conjunto del total de contrataciones de descuentos Bononet.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- e) Aduce que la actuación se hizo en interés de los usuarios denunciantes, para protegerlos y evitarles "enormes perjuicios".

Quinta. Sobre el Hecho Probado Quinto.

- a) A juicio de Telefónica, es contradictoria la afirmación de que "ha cancelado la aplicación del plan sin haber comprobado que el número solicitado por cada usuario no corresponde a un acceso CASI" con la de que "únicamente ha comprobado que los citados números no le han sido comunicados con carácter previo por los respectivos operadores".
- b) Reitera que considera contrario a Derecho calificar de "lista interna" la que deben facilitar los operadores.
- c) Señala que "es contrario a Derecho el afirmar, como hace el Instructor, que la comprobación basada en el cotejo de las mencionadas listas, supone 'una grave alteración de las previsiones de la Resolución de 30 de marzo' y ello por que la interpretación lógica, literal y sistemática de dicha Resolución conduce necesariamente a la conclusión contraria".

Sexta. Sobre el Hecho Probado Sexto.

- a) Reitera lo ya indicado sobre que Telefónica niega haber elaborado una lista interna, sino que ha incluido las listas aportadas por los operadores en una aplicación informática preparada al efecto".
- b) Afirma seguidamente que "resulta imprescindible señalar que los 3 números respecto de los que se han detectado los cuatro errores mencionados (935140000, 958100000 y 973100000) fueron dados de alta en el descuento con fecha 1-8-2000".
- c) Reitera que Telefónica realizó diversas actuaciones con respecto a los listados y "efectuó llamadas telefónicas a los operadores, tanto para reclamarles los listados, como hacerles consultas en caso de duda sobre si un determina número correspondía o no a un acceso CASI".

Séptima. (Para el caso en que se considere antijurídica la conducta de Telefónica)

- A. Concurrencia de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad.

A juicio de Telefónica, y como afirmó anteriormente, "la propia Resolución del Consejo ... vincula la comprobación de la pertenencia o no de un número a un acceso CASI con la obligación de los operadores (LINCE, RETEVISIÓN, AIRTEL y JAZZTEL) de proporcionar a mi representada los números que correspondan a los accesos CASI"... y "que conforme a lo dispuesto en la Resolución Administrativa, la comprobación que debía efectuar mi



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

representada, debía hacerse sobre los datos proporcionados por los operadores anteriormente citados". Argumenta que, dado que, como se indica en el Hecho Probado Sexto de la propuesta de resolución, la relación de números CASI facilitada por los operadores presentaba omisiones, se deduce que "en la conducta realizada por mi representada se produce la interferencia de actividades de terceros, bien erróneas, dolosos o culposas, que constituyen causa eximente de la posible responsabilidad en la que haya podido incurrir mi representada". Y consecuencia de ello sería "la inimputabilidad a mi representada, y por tanto, su falta de culpabilidad, de la conducta que supuestamente merece la calificación de infracción muy grave".

B. Inexistencia de los requisitos legalmente exigidos para calificar una infracción como continuada.

Entiende Telefónica que no existe un "plan preconcebido" sino "un procedimiento de gestión diseñado para atender todas las altas que se produjeran en relación con la aplicación de los planes de descuento... y que obedece a lo que se dispone en la Resolución del Consejo de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de marzo de 2000". A su juicio "resulta contrario a las reglas de la lógica sostener ... que mi representada concibió un plan cuyo resultado fue la cancelación de 41 solicitudes, cuando con la aplicación de dicho procedimiento se habían dado de alta 84000 solicitudes". Aduce que la cancelación de los planes de descuento no produce beneficios sino perjuicios a Telefónica, lo que excluiría su interés en dichas cancelaciones o en un plan dirigido a que se produjeran. Por todo ello, entiende que no existe un plan preconcebido, y por tanto no se dan los requisitos para calificar a la infracción como continuada.

C. Inexistencia de circunstancias agravantes.

Se alega que "mi representada procedió a establecer un procedimiento de gestión para las altas en los planes de descuento, con arreglo a lo que entendía que se deducía de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de marzo de 2000. Si como consecuencia de la incorrecta información facilitada por los operadores, a la que estos venían obligados por expresa imposición de esa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se han producido "fallos" en el procedimiento de gestión, elaborado para las altas en los planes de descuento, no puede, de todo ello, deducirse un especial ánimo infractor en mi representada, lo que nos lleva a afirmar que no concurre la circunstancia agravante de intencionalidad".

D. Vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción propuesta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se alega que "la inexistencia de perjuicios a terceros, así como la inexistencia de un beneficio para mi representada derivado de la conducta supuestamente infractora, hacen que la sanción propuesta por el Instructor no guarde la debida adecuación y proporcionalidad entre el hecho infractor y la sanción del mismo, vulnerándose, en consecuencia, el principio de proporcionalidad que ,, preside toda actuación administrativa en el ámbito sancionador".

Octava. Conclusiones

Finaliza Telefónica de España, S.A.U su escrito de alegaciones solicitando que se acuerde el sobreseimiento y archivo del expediente al no ser los hechos imputados constitutivos de infracción. Subsidiariamente, solicita que se declare su inimputabilidad por concurrir circunstancia eximente de su responsabilidad y se califique la infracción como no continuada. Asimismo, se indica que la sanción propuesta carece de proporcionalidad con los ilícitos imputados y sus circunstancias.

SÉPTIMO. Con fecha 3 de enero de 2001, la Asociación de Internautas presentó ante esta Comisión escrito (Documento nº 24 de este Expediente) en el cual, , indicaba lo siguiente:

"Que una vez impuesta dicha obligación [de comunicar los operadores sus números CASI a Telefónica] y , por lo tanto, garantizados los derechos de los consumidores y satisfechos los objetivos perseguidos con la denuncia, y dados los cambios coyunturales y jurídicos acaecidos en las ofertas de acceso a Internet que han conducido a la pérdida de relevancia social y de mercado de los bononets [sic], la Asociación de Internautas SOLICITA: Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita y proceda al archivo del expediente ME 1999/1742."

Debe tenerse en cuenta que la referencia al expediente ME 1999/1742 es errónea, pues el mismo terminó mediante la Resolución del Consejo de esta Comisión de 30 de marzo de 2000 sobre cuyo incumplimiento versa el presente procedimiento. Dicha referencia debe entenderse referida al expediente ME 2000-2539, que fue el efectivamente iniciado por el escrito de la Asociación de Internautas de 13 de abril de 2000 a que hace referencia el citado escrito de 3 de enero de 2001. Dicho expediente ME 2000-2539, sobre información previa en la aplicación de planes de descuento, fue continuado por el expediente AJ 2000-2882, según consta en el Documento nº 5 de este Expediente, dando lugar al presente procedimiento sancionador, iniciado de oficio mediante el acuerdo del Consejo de esta Comisión de 13 de julio de 2000 (Documento nº 7 de este expediente).

No obstante haber concluido la tramitación del referido expediente ME 1999/1742, se hace constar la presentación del mencionado escrito de 3 de febrero de 2001 dada su directa relación con el presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de la prueba practicada han quedado probados, a los efectos del presente procedimiento, los siguientes

HECHOS

PRIMERO. Que Telefónica de España, S.A.U. recibió, entre los días 2 de abril de 2000 y 4 de junio de 2000, al menos cuarenta y cuatro solicitudes de usuarios relativas a la aplicación de los planes de descuento Bononet, previstos en la Orden de 11 de febrero de 1999, con relación a determinados números telefónicos respecto de los cuales los usuarios afirmaban que se trataban de números CASI, que a los mismos les era de aplicación la tarifa metropolitana y que correspondían a PSI con el correspondiente título habilitante.

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

Las denuncias de los interesados (Documentos 1.01 a 1.46) que exponen como en cada caso se solicitó a Telefónica la adscripción del usuario al Plan de Descuentos Bononet previsto en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, haciendo referencia a un número CASI con tarifa metropolitana y correspondiente, según se afirmaba, a un determinado PSI, sin que Telefónica atendiese dicha petición aplicando dicho Plan de Descuentos.

El escrito de alegaciones de Telefónica (Documento nº 11) coincide con los documentos anteriores al establecer en su Alegación Cuarta, resumida en el Antecedente de Hecho Tercero (apartado 4º) de este escrito, que hubo cuarenta y cuatro solicitudes (referenciadas en los apartados 1 a 21, 23 y 25 a 27 del documento nº 10 anexo a dichas alegaciones de Telefónica), relativas a números CASI con tarifa metropolitana y respecto de los cuales los usuarios afirmaban que correspondían a su PSI.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Alegación Cuarta del escrito de 2 de agosto de 2000 de Telefónica de España, S.A.U. esta compañía admite detalladamente los siguientes hechos:

- a) la recepción de las citadas cuarenta y cuatro solicitudes;
- b) la identidad de los usuarios solicitantes;
- c) el número CASI respecto del cual se efectúa la solicitud;
- d) el nombre del PSI que cada usuario indicaba como titular del CASI;
- e) el hecho de que la tarifa aplicable a los citados números era la metropolitana.

SEGUNDO. Que Telefónica de España, S.A.U no ha procedido a la completa tramitación de las solicitudes de planes de descuento de la Orden de 11 de febrero de 1999 presentadas por cuarenta y cuatro usuarios, interrumpiéndola a pesar de que a dichos números les era de aplicación la tarifa metropolitana y pertenecían a PSI con título habilitante. Tal actuación se ha realizado en el período de tiempo comprendido entre el día 2 de abril de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. Luís Ratera Orriols (Doc. 1.36), y el día 4 de junio de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. José Antonio Maján López (Doc. 1.28).

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

Las denuncias de los interesados (Documentos 1.01 a 1.46) que exponen como en cada caso se solicitó a Telefónica la adscripción del usuario al Plan de Descuentos Bononet previsto en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, haciendo referencia a un número CASI con tarifa metropolitana y correspondiente, según se afirmaba, a un determinado PSI, sin que Telefónica atendiese dicha petición aplicando dicho Plan de Descuentos.

El escrito de alegaciones de Telefónica (Documento nº 11) coincide con los documentos anteriores al establecer en su Alegación Cuarta, resumida en el Antecedente de Hecho Tercero (apartado 4º) de este escrito, que hubo cuarenta y cuatro solicitudes (referenciadas en los apartados 1 a 21, 23 y 25 a 27 del documento nº 10 anexo a dichas alegaciones de Telefónica), relativas a números CASI con tarifa metropolitana y respecto de los cuales los usuarios afirmaban que correspondían a su PSI.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Alegación Cuarta del mencionado escrito de 2 de agosto de 2000 de Telefónica de España, S.A.U. esta compañía admite detalladamente los siguientes hechos:

- a) el nombre de la entidad que cada usuario indicaba como PSI titular del CASI en los cuarenta y cuatro casos indicados;
- b) el hecho de que la tarifa aplicable a los citados números era la metropolitana;
- c) que su inaplicación de los planes a los usuarios solicitantes no se fundamenta ni en la ausencia de título habilitante de la entidad que cada usuario elige como PSI que le preste el servicio de Acceso a Internet, ni a que la tarifa aplicable al número indicado por cada usuario no fuese la metropolitana.

En concreto, cita como entidades titulares de los CASI a los que afectan las referidas cuarenta y cuatro solicitudes a las siguientes: Jazztel (bajo las denominaciones Jazzfree, Jazztel y Jazznet), Retevisión (bajo las denominaciones Canal 21, Alehop y Retevisión), y Airtel (bajo las denominaciones Navegalia y Airtel). (Ver Alegación Cuarta citada y Documento nº 10 anexo al escrito de alegaciones mencionado). En ningún momento cuestiona Telefónica la cualidad de PSI de las referidas entidades.

Asimismo, admite que la tarifa aplicable a los referenciados números es la metropolitana. En concreto, la única mención de un caso de número para el que no rige la tarifa metropolitana es el de la denuncia presentada por D. Alfonso Algora Rodríguez, relativa a la solicitud de aplicación del Plan Bononet al nº 900902030 (apartado 24 del citado Documento nº 10 anexo al escrito de alegaciones), solicitud cuya desatención por Telefónica no se incluye entre las cuarenta y cuatro que se estima han infringido la Resolución de 30 de marzo de 2000, relacionadas en el Hecho Probado Primero que antecede.

En el mismo sentido, en la Alegación Tercera del escrito de Telefónica se afirma que, en aras del cumplimiento de la Resolución de 30 de marzo de 2000 se procedió a *"La implantación de una operativa de altas y bajas, en virtud de la cual los sistemas de Telefónica de España sólo denegaban "ab initio" la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no fuese metropolitana o correspondiese a un PSI que no tenga título habilitante para prestar el servicio."*

Del examen de lo expresado en dicha Alegación Tercera y en la Alegación Cuarta, en la que se examina la aplicación concreta del procedimiento a cada una de las solicitudes, se comprueba como respecto de las citadas cuarenta y cuatro solicitudes no se procedió a la denegación "ab initio" en ninguno de los casos. Ello equivale a establecer, conforme a lo declarado por Telefónica en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mencionada Alegación Tercera, que dicha compañía no entendió aplicables ninguna de las dos causas de exclusión que conforme a la Resolución hubieran permitido dicha denegación (esto es, que la tarifa aplicable no fuese metropolitana o correspondiese a una entidad que careciese de título habilitante para prestar el servicio de Acceso a Internet).

TERCERO. Que Telefónica de España, S.A.U no ha procedido a la completa tramitación de las solicitudes de planes de descuento de la Orden de 11 de febrero de 1999 presentadas por cuarenta y un usuarios. Dicha entidad alega como justificación de la interrupción de la tramitación de las solicitudes el hecho de no constar los números CASI solicitados por dichos usuarios en una lista de la citada compañía constituida a base de listas remitidas por los operadores. Tal actuación se ha realizado en el período de tiempo comprendido entre el día 2 de abril de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. Luís Ratera Orriols (Doc. 1.36), y el día 4 de junio de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. José Antonio Maján López (Doc. 1.28).

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

Las denuncias de los interesados (Documentos 1.01 a 1.46) que exponen como en cada caso se solicitó a Telefónica la adscripción del usuario al Plan de Descuentos Bononet previsto en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, haciendo referencia a un número CASI con tarifa metropolitana y correspondiente, según se afirmaba, a un determinado PSI, sin que Telefónica atendiese dicha petición aplicando dicho Plan de Descuentos, alegando que dicho número no estaba "dado de alta" en sus listas por no haberse comunicado por el operador.

El escrito de alegaciones de Telefónica (Documento nº 11) coincide con los documentos anteriores al establecer en su Alegación Cuarta, resumida en el Antecedente de Hecho Tercero (apartado 4º) de este escrito, que hubo cuarenta y una solicitudes (referenciadas en los apartados 1 a 21, 23 y 25 del documento nº 10 anexo a dichas alegaciones de Telefónica), relativas a números CASI con tarifa metropolitana y respecto de los cuales los usuarios afirmaban que correspondían a su PSI. Esto es, la propia Telefónica de España, S.A.U ha reconocido desde el principio, estos hechos, lo cual ha de ser considerado como una prueba más junto con las demás disponibles, para la determinación de los hechos probados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ello es corroborado en el documento nº 4 adjunto a la denuncia presentada el 7 de julio de 2000 por UCE-Madrid (incorporado al expediente 2000/2937-3230), en el cual se incluye una carta suscrita por el Director de Gestión Reclamaciones de Telefónica. (Copia compulsada de estos escritos fueron remitidas por la Directora de la Asesoría Jurídica para su incorporación a este expediente, como Documento nº 17). En citado documento se reconoce por parte de Telefónica que no tramita las solicitudes de contratar el servicio "bononet" de aquellos números que no figuren en el "*listado de números de PSDI*" [sic] que aparece en la página web de la Secretaría General de Comunicaciones, listado al que se puede acceder a través del icono "Novedades".

En la citada Alegación Cuarta del mencionado escrito de alegaciones de Telefónica de España, S.A.U. esta compañía admite detalladamente los siguientes hechos:

- a) que la justificación de su inaplicación de los planes a los usuarios solicitantes se debió no a la ausencia de título habilitante del PSI señalado por el usuario, ni a que la tarifa aplicable al número indicado no fuese la metropolitana, sino a una causa distinta, el hecho de que el número CASI solicitado no figurase en la lista de que dispone la citada compañía, elaborada sobre la base de las relaciones de números aportados por cada operador.

CUARTO. Que Telefónica de España, S.A.U no ha procedido a la completa tramitación de las solicitudes de planes de descuento de la Orden de 11 de febrero de 1999 presentadas por tres usuarios, interrumpiendola pese a constar en una lista de la citada compañía los números CASI solicitados por dichos usuarios constituida a base de listas remitidas por los operadores. Telefónica alega que en estos casos incurrió en error, por haber considerado que los citados números no se encontraban en la lista interna de CASI elaborada por Telefónica.

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:

Las denuncias de los interesados (Documentos 1.24, 1.37 y 1.39) que exponen como en cada caso se solicitó a Telefónica la adscripción del usuario al Plan de Descuentos Bononet previsto en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, haciendo referencia a un número CASI con tarifa metropolitana y correspondiente, según se afirmaba, a un determinado PSI, sin que Telefónica atendiese dicha petición aplicando dicho Plan de Descuentos alegando que dicho número no estaba "dado de alta" en sus listas por no haberse comunicado por el operador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El escrito de alegaciones de Telefónica (Documento nº 11) coincide con los documentos anteriores al establecer en su Alegación Cuarta, resumida en el Antecedente de Hecho Tercero (apartado 4º) de este escrito, que hubo tres solicitudes (referenciadas en los apartados 26 y 27 del documento nº 10 anexo a dichas alegaciones de Telefónica), relativas a números CASI con tarifa metropolitana y respecto de los cuales los usuarios afirmaban que correspondían a su PSI. Esto es, la propia Telefónica de España, S.A.U ha reconocido desde el principio, estos hechos, lo cual ha de ser considerado como una prueba más junto con las demás disponibles, para la determinación de los hechos probados.

En la citada Alegación Cuarta del mencionado escrito de alegaciones de Telefónica de España, S.A.U. esta compañía admite detalladamente los siguientes hechos:

- a) que la justificación de su inaplicación de los planes a los usuarios solicitantes se debió no a la ausencia de título habilitante del PSI señalado por el usuario, ni a que la tarifa aplicable al número indicado no fuese la metropolitana, sino a una causa distinta, el hecho de que el número CASI solicitado no figurase en la lista de que dispone la citada compañía, elaborada sobre la base de las relaciones de números aportados por cada operador.
- b) Que en los tres casos referenciados dicha inaplicación de los planes se hizo erróneamente, pues dichos números sí se encontraban incluidos en la lista antes referenciada.

QUINTO. Que Telefónica de España, S.A.U., una vez realizada la solicitud por cada usuario, ha cancelado la aplicación del plan al haber comprobado que los citados números no le han sido comunicados con carácter previo por los respectivos operadores, constando así en la lista establecida por la compañía sobre la base de las comunicaciones remitidas por cada operador.

Tal actuación se ha realizado en el período de tiempo comprendido entre el día 2 de abril de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. Luís Ratera Orriols (Doc. 1.36), y el día 4 de junio de 2000, fecha de los hechos denunciados por D. José Antonio Maján López (Doc. 1.28).

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, ha de reiterarse lo afirmado como Hecho Probado Primero, esto es, que cada una de las solicitudes recibidas por Telefónica contenía la afirmación explícita de los usuarios de que un determinado número telefónico era un número CASI al que le era de aplicación el Plan de Descuentos previsto en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999.

Por otra parte, en la Alegación Segunda del repetidamente citado escrito de agosto de 2000, Telefónica, declara

2. *Que Telefónica de España podrá denegar la contratación del plan de descuentos en aquellos casos en que le constase con certeza que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI.*
3. *Que una vez contratado el plan de descuento, Telefónica de España podrá cancelar dicho descuento si comprueba que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI."*

En la citada Alegación expone su criterio de que lo anterior deriva de lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 2.4 de la citada Resolución de 6 de julio de 2000 , que establece lo siguiente:

"como ya se ha expuesto anteriormente, resulta lógico que Telefónica puede denegar la contratación del Plan de descuento en aquellos casos que le conste con certeza que el número de teléfono para el que se solicita no se corresponde con un acceso CASI".

Asimismo, Telefónica, en su Alegación Segunda declara, en cuanto a la operativa de altas y bajas establecida, que *"debe llamarse la atención sobre el hecho de que el propio sistema, una vez producida un alta, la rechaza posteriormente, cuando se tiene certeza de que la misma no se corresponde a números CASI"*.

Telefónica de España, S.A.U ha reconocido desde el principio, en sus alegaciones, el hecho de que sólo efectuaba una comprobación de que los números solicitados se encontraban incluidos en su lista constituida sobre la base de las listas proporcionadas por los operadores.

SEXTO. Que la lista confeccionada por Telefónica de España, S.A.U., no contenía la totalidad de números CASI de los operadores a que se refiere la Resolución de 30 de marzo de 2000, debido entre otras causas, a errores en su confección por Telefónica y a omisiones en las listas de números comunicados por los operadores.

Tal hecho probado resulta del análisis de las siguientes actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, en las propias alegaciones de Telefónica se reconoce (página 25), que el número 958100000 había sido comunicado por Airtel Móvil, S.A. como correspondiente a un CASI situado en la provincia de Granada (página 5 del Anexo I del documento nº 2 adjunto a las alegaciones de Telefónica). Por otra parte, dichas alegaciones (página 22) señalan que el número 973100000 no fue comunicado como CASI por Airtel Móvil, S.A., lo que se contradice con lo que muestra el documento nº 2 anexo a las citadas alegaciones (página 7 de su Anexo I), pues indica que dicho número corresponde a un CASI situado en la provincia de Lleida.

En segundo lugar, en cuanto a los números CASI correspondientes a Jazz Telecom, S.A., de la documentación obrante en el expediente 2000/2937-3230 se desprende que la lista remitida a Telefónica por Jazztel el día 2 de junio de 2000 era incompleta, pues posteriormente, y a requerimiento de esta Comisión, Jazztel la completó mediante el documento de fecha 21 de septiembre de 2000, según comunicó a esta Comisión en sus alegaciones de 25 de septiembre de 2000. Esta disparidad fue reconocida por la propia Telefónica en documento de fecha 6 de noviembre de 2000.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador a tenor de lo establecido en los artículos artículo 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones y el artículo 1, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. Archivo del expediente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

La infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concretaría, en el presente caso, en el incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000, que resolvió la denuncia formulada por la Asociación de Internautas contra Telefónica de España, S.A.U por su actuación en la aplicación de los planes de descuento establecidos en la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999 para determinados números de teléfono correspondientes a centros de acceso al servicio Internet de NAVEGALIA, ALEHOP/CANAL21, JAZZFREE y UNI2.

La citada Resolución impuso a Telefónica de España, S.A.U. el cumplimiento de la obligación de aplicar los Planes de descuento regulador por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a los números que se correspondan con centros de acceso al servicio internet (en adelante CASI) pertenecientes a las operadoras: LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (UNI2), RETEVISIÓN, S.A. (ALEHOP/CANAL 21), AIRTEL MÓVIL, S.A. (NAVEGALIA) Y JAZZ TELECOM, S.A. (JAZZFREE), siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *TELEFÓNICA deberá aplicar los Planes de descuento regulados por la O.M. de 11 de febrero de 1999 a un solo número de teléfono de destino con tarifa metropolitana que solicite cada abonado de acceso directo. El abonado solo tiene que manifestar en su solicitud el número de teléfono de destino y el nombre del proveedor de acceso a Internet correspondiente.*
- b) *TELEFÓNICA sólo podrá denegar ab initio la solicitud de un abonado cuando la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o si corresponde a un PSI que no tiene título habilitante para prestar el servicio.*
- c) *Una vez contratado el Plan de descuento, TELEFÓNICA podrá cancelar el descuento si comprueba que el número de teléfono de destino no pertenece a un acceso CASI."*

Ha de recordarse que el presente procedimiento se inició, según se ha expuesto (y se indica en el Antecedente de Hecho Quinto del acuerdo de iniciación de 13 de julio de 2000, Documento nº 7), por un presunto incumplimiento de Telefónica que *"resultaría del hecho de que Telefónica puede haber denegado la aplicación de dichos planes a abonados amparándose en que los números para los que se les solicitaba la aplicación del plan no le habían sido comunicados previamente por los operadores ISP correspondientes. Este motivo de denegación sería contrario a lo establecido en los citados incisos a), b) y c) del apartado primero de la Resolución de constante referencia."*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al objeto de determinar si por parte de Telefónica de España, S.A.U ha habido algún incumplimiento de la citada Resolución es necesario analizar si alguna de las actuaciones de Telefónica de España, S.A.U que han resultado probadas, han constituido un comportamiento contrario, directa o indirectamente, a lo establecido en la misma.

Por lo que respecta al primero y segundo de los hechos probados, vienen a evidenciar como las cuarenta y cuatro solicitudes de los usuarios recibidas por Telefónica y que motivan este expediente, de un lado reunían los requisitos previstos por la Resolución de 30 de marzo de 2000 en el punto a) de su apartado Primero, esto es, que el abonado solicitante ha requerido la aplicación del Plan respecto a un único número de teléfono de destino con tarifa metropolitana, indicando dicho número y el nombre del PSI correspondiente; y que de otro lado, no concurrían las condiciones establecidas en el punto b) del citado Apartado Primero para que Telefónica pudiese denegar “ab initio” la solicitud de un abonado, esto es, que la tarifa aplicada a la llamada al número de teléfono de destino no sea metropolitana o que el número correspondiese a un PSI que no tuviese título habilitante para prestar el servicio.

Los hechos probados tercero, cuarto y quinto evidencian como Telefónica ha cancelado los Planes de Descuento contratados por los cuarenta y cuatro abonados denunciante, limitándose a comprobar que tales números no estaban incluidos en las listas que le proporcionaban los operadores. Sólo se exceptúan tres supuestos en que, figurando los números en la lista, por error (irrelevante, teniendo en cuenta el número de altas tramitadas) Telefónica denegó el alta.

El instructor del procedimiento sancionador entendió, por una parte, que la comprobación que realiza Telefónica de que los números no están incluidos en la lista interna que dicha compañía ha confeccionado no equivale a comprobar que los números no corresponden a accesos CASI, y, por otra parte, que Telefónica no ha realizado la debida actividad de comprobación de que los números de destino no pertenecen a un acceso CASI, requisito a su juicio exigido por la Resolución para poder cancelar el descuento Bononet una vez contratado.

Este Consejo entiende, sin embargo, que el método seguido por Telefónica para comprobar si el número de destino es un número CASI se basa en una interpretación razonable de la resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, la resolución de esta Comisión vinculaba la cancelación del descuento a la comprobación de que el número de destino era CASI, y la obligación de determinar qué números tenían esa condición, para hacer posible a Telefónica esa comprobación, se imponía a los demás operadores en el apartado segundo de la misma. Así resulta, además, y como alega Telefónica, del propio texto de la resolución, que afirmaba que “Los operadores ... están sujetos a ... suministrar sus números CASI a Telefónica, ya que de no hacerlo **estarían, por vía de inacción, impidiendo el cumplimiento de una norma de carácter general**, la Orden Ministerial de 11 de febrero de 1999, que en este caso, al tratarse de un servicio –el acceso a la información- prestado de forma cooperativa por varios agentes, no sólo afecta a Telefónica sino a todos los que participan en la cadena de servicio”. Con esta afirmación, se condiciona el cumplimiento de la Orden al suministro por los operadores de esos números. Se afirma que, si no los suministran, no se puede cumplir la Orden (y en definitiva la propia resolución). Telefónica alega justificadamente que, en interpretación de esta frase, puesto que se obliga a los operadores a suministrar los números y se dice que la falta de suministro impide el cumplimiento de la Orden (impide, en definitiva, la contratación del Plan), la comprobación de si el número es CASI es una actividad vinculada al suministro de ese número por el operador asignatario del mismo o del PSI. De la lectura de esta frase, afirma Telefónica, no cabe sostener que tenga que realizar una comprobación adicional. Además, ha de tenerse en cuenta que, como acredita Telefónica en su escrito de 2 de agosto, a mediados de abril se dirigió a los operadores pidiéndoles, en cumplimiento de la resolución de esta Comisión, que les remitiesen sus números CASI (los que no lo habían hecho) o que comprobasen que los remitidos en su día (en ejecución de los acuerdos de interconexión) eran correctos y estaba actualizada la lista. Jazztel no lo hizo (de ahí la sanción impuesta por esta Comisión).

En definitiva, la actuación de Telefónica esta fundada en una interpretación razonable de la resolución y, en aplicación de los principios de derecho sancionador, no debe imponerse la sanción. De conformidad con lo anterior, esta Comisión entiende que Telefónica ha cumplido la resolución de 30 de marzo de 2000.

En atención a lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

Único: Archivar el expediente sancionador incoado a Telefónica por presunta infracción de la resolución de esta Comisión de 30 de marzo de 2000.



COMISION 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.