



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión Nº 11/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 31 de marzo de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN A LA POLÍTICA TARIFARIA SEGUIDA POR EL GRUPO TELEFÓNICA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADAS TARJETAS PREPAGO

(Expediente AEM 2004/1844)

HECHOS

Primero.- Con fecha 22 de diciembre de 1998, esta Comisión aprobó Resolución en el expediente sobre la supresión, por parte de Cabinas Telefónicas, S.A., (hoy, TTP) del acceso a números 900 desde algunos de sus terminales de uso público situados [en aeropuertos y estaciones nacionales de ferrocarril](#), [reconociendo a esta entidad](#) el derecho de compensación de los costes que le ocasionaba el cumplimiento de su obligación de permitir el acceso a números 900 desde sus terminales. Este derecho está sujeto al principio de no discriminación.

Mediante Resolución de 25 de octubre de 2001 respecto a la solicitud de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. de compensación de costes por el acceso a tarjetas telefónicas a través de números 900 desde sus terminales de uso público, esta Comisión determinó que:

“Con respecto a la solicitud de TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. de 21 de diciembre de 1999 –con entrada en esta Comisión registrada el 30 de diciembre de 1999-, y en virtud de los principios de actuación subsidiaria a la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

negociación entre las partes interesadas, no discriminación, transparencia, reciprocidad y proporcionalidad, no procede aprobar mecanismos de compensación por parte de esta Comisión en los términos en que la misma ha sido planteada en el presente procedimiento.”

Así, esta Comisión ha establecido que el principio de no discriminación implica que:

“(i) El sistema debe ser tal que todos los titulares de servicios telefónicos que se prestan mediante el uso de números de cobro revertido o de tarjetas prepago desde terminales de uso público propiedad del titular o explotador de los mismos abonen la debida contraprestación por el acceso desde dichos terminales.

(ii) El sistema debe ser tal que asegure que todos los agentes compensan con arreglo al acceso del que se benefician, sin que unos paguen y otros se vean exentos, o unos paguen más de lo que efectivamente les corresponda”.

Dando contestación a la consulta planteada por la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público y Telefónica Telecomunicaciones Públicas S.A.U. con respecto a la compensación por la realización de llamadas a numeración gratuita para el llamante desde sus terminales, mediante Resolución de 5 de junio de 2003, esta Comisión reitera que el mecanismo de compensación debe respetar los principios reseñados en anteriores Resoluciones, incluido el principio de no discriminación.

Detectada la imposibilidad de que los operadores obtuvieran un acuerdo, mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004 esta Comisión diseñó un concreto procedimiento para aplicar el derecho de compensación previamente reconocido a todos los titulares de terminales de uso público en el que se aplica el principio de no discriminación recogido en anteriores Resoluciones.

Este concreto procedimiento se enmarca dentro de una modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica y de los Acuerdos Generales de Interconexión suscritos por Telefónica y los operadores con los que está interconectada. Resulta aplicable para Telefónica y los restantes operadores según las reglas establecidas en la propia Resolución. Así, Telefónica de España, S.A.U. resulta obligada a aplicar el recargo reconocido a los titulares de terminales de uso público que ejerciten tal derecho, implementando y dando inicio a los procedimientos de comunicación y pagos fijados en la propia Resolución.

Mediante Resolución de 28 de octubre de 2004, la CMT adoptó medidas cautelares con respecto a las condiciones de aplicación del recargo por el uso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante. En concreto, esta Comisión resolvió que:

“Primero.- A partir de 15 días desde la fecha de la presente resolución Telefónica deberá haber cobrado los importes por los recargos generados hasta la fecha de la presente resolución por las llamadas a los números 900/800 desde los terminales de uso público de aquellos titulares que hubieran ejercitado su derecho a dicho recargo, conforme a la resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004, incluidos los generados por llamadas a números 900/800 desde teléfonos de uso público de la propia TESAU.

Telefónica deberá remitir a esta Comisión en el plazo de 5 días la documentación acreditativa de dichos cobros de acuerdo con el Resuelve Segundo de la presente resolución.

Segundo.- A partir de la fecha de la presente resolución, TESAU facturará el recargo a sus suscriptores de números 900/800 con carácter mensual, siendo la fecha de emisión de las facturas el día 19 o primer día hábil posterior del mes correspondiente.

Dichas facturas habrán de recoger el importe de los recargos correspondientes a los ciclos de consolidación disponibles desde la última factura emitida, siendo la fecha de vencimiento de las facturas la correspondiente a 8 días hábiles con posterioridad a la fecha de emisión.

En la fecha de vencimiento de la factura deberá estar disponible el importe en la cuenta bancaria del operador que factura y será responsabilidad del operador facturado que esto suceda. Si esto no fuese así, a partir de 4 días hábiles se aplicará el interés bancario vigente a la cantidad devengada desde la fecha de vencimiento de la factura.

Tercero.- Telefónica aportará mensualmente a esta Comisión la información contable necesaria relativa a la emisión y cobro de facturas a los suscriptores de sus números 900/800 en concepto de recargo por llamadas a sus números 900/800 con origen en teléfonos de uso público.”

Finalmente, mediante Resolución de 30 de diciembre de 2004 sobre las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante, esta Comisión determinó que:

“Primero.- Que la conducta del Grupo Telefónica realizada a través de Telefónica de España, S.A.U y analizada en la presente Resolución consistente en la no repercusión del recargo a los diferentes Agentes de la cadena de valor, ha constituido una conducta anticompetitiva materializada en una práctica discriminatoria al aplicar el Grupo Telefónica, a través de Telefónica de España, S.A.U condiciones diferentes a las tarjetas emitidas por empresas de dicho grupo con respecto a las demás tarjetas presentes en el mercado emitidas por otros operadores alternativos, lo que supone no sólo un abuso de la posición de dominio que el Grupo Telefónica ostenta en el correspondiente mercado nacional de la telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público y dominio público



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sujeto a concesión, sino también un refuerzo de la posición de dominio que ostenta Telefónica de España, S.A.U en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público.

Segundo.- *Que el Grupo Telefónica no podrá realizar ningún tipo de discriminación hacia determinadas numeraciones gratuitas (900/800, números cortos), Agentes Distribuidores o actuaciones en caso de impagos de acuerdo con los Principios definidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001, en concreto, que no podrá realizar ningún comportamiento discriminatorio en lo referente al sistema de facturación fijado en la Resolución de 28 de octubre de 2004 sobre medias cautelares con respecto a las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante, así como cualquier otro comportamiento discriminatorio relativo a la fecha de pago de facturas o interés de demora aplicado a las mismas.*

Tercero.- *Telefónica habrá de asegurar que las condiciones de cobro impuestas a los Agentes Distribuidores de los que no ha podido cobrar el recargo son idénticas a las impuestas a los Agentes Distribuidores de Otros Operadores, teniendo en cualquier caso la obligación de comunicar, pasados 15 días hábiles desde la fecha de vencimiento de la factura, al explotador o explotadores de los terminales de uso público afectados los datos de identificación e información necesaria para ejercitar el derecho de cobro. De igual modo, y una vez pasados 4 días hábiles, Telefónica habrá de aplicar el interés bancario vigente sobre la cantidad devengada desde la fecha de vencimiento de la factura, desglosando en el detalle de la factura, la cantidad pendiente de pago y los intereses de demora aplicados a la misma.*

Cuarto.- *El tipo de interés bancario a aplicar será del euribor más 10 puntos que incrementarán la cuantía de la factura hasta la fecha de suspensión del acceso a numeración gratuita en caso de impago o falta de aval.*

Quinto.- *Telefónica deberá suspender el acceso a numeraciones gratuitas a los agentes distribuidores que no cumplan con la obligación de pago del recargo por el uso del terminal para la realización de llamadas gratuitas para el llamante, pasados 15 días hábiles desde el vencimiento de la factura, a menos que dichos agentes distribuidores (deudores) presenten un aval otorgado por una entidad de crédito establecida en España, con carácter solidario y a primer requerimiento. El aval habrá de ser remitido a esta Comisión y coincidirá con el importe de la cantidad más alta devengada durante un mes en el periodo semestral anterior.*

Sexto.- *La suspensión del acceso a numeraciones gratuitas se realizará, en todo caso, previa comunicación y justificación a esta Comisión del impago y la imposibilidad de cobro. En ningún caso, el Grupo Telefónica podrá realizar ningún trato discriminatorio con respecto a determinadas numeraciones o Agentes Distribuidores de acuerdo con los principios definidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001.*

Séptimo.- *Telefónica deberá restituir el acceso suspendido desde el momento en que se constituya aval o se paguen las cantidades devengadas. En cualquier caso, el importe necesario para restituir el acceso coincidirá con la cuantía de la factura más los intereses especificados anteriormente hasta el momento de la suspensión del acceso.*

Octavo.- *Telefónica aportará mensualmente a esta Comisión la información contable necesaria relativa a la emisión y cobro de facturas a los suscriptores de sus números gratuitos (900/800 o números cortos) en concepto de recargo por llamadas a sus números 900/800 o números cortos con origen en teléfonos de uso público según lo establecido en el Acuerdo tercero de la Resolución de 28 de octubre de 2004 y de acuerdo con el sistema de facturación descrito en el Acuerdo segundo de dicha Resolución.*

Noveno.- *Adicionalmente a lo especificado en el Acuerdo Séptimo de esta Resolución, y con el fin de evitar potenciales situaciones de subvenciones cruzadas entre los distintos eslabones*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la cadena, Telefónica habrá de especificar, adicionalmente a la cuantía del recargo, los siguientes elementos: (i) número de minutos, (ii) cuantía de los descuentos o rappels, y (iii) comisiones.

Décimo.- Que con independencia de lo anterior, el actual procedimiento será objeto de revisión transcurrido un plazo de 6 meses desde la aprobación de la presente Resolución.”

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

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

Octavo.- Mediante escrito de entrada de 24 de septiembre de 2004, ASTEL solicitó: (i) Abrir un periodo de información previa para conocer las actuaciones de Telefónica, por sí o mediante acuerdos con empresas vinculadas en relación al recargo por compensación por el uso de terminales públicos, (ii) Que se conozca igualmente las repercusiones que en el mercado de servicios telefónicos fijos prestados mediante tarjetas telefónicas, está produciendo el no traslado del recargo, (iii) Adoptar medidas para evitar las repercusiones que, en el mercado de los servicios telefónicos fijos prestados mediante tarjetas



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prepago, está produciendo el no traslado del recargo por compensación a los clientes finales. (iv) Que se adopte como medida cautelar la obligatoriedad de Telefónica de dar traslado del coste del recargo por compensación por el uso de los terminales de uso público.

Para probar que el número de minutos ofrecido por los distribuidores de Telefónica es el mismo con independencia de si esa tarjeta es usada desde un terminal público o privado, ASTEL aportó Acta Notarial en la que se pone en evidencia que las tarjetas denominadas “1004”, “Telecard”, “Activa 100x100”, “Exclusiva” y “Happy Card” ofrecían el mismo número de minutos por el mismo precio.

Noveno.- Con fecha 27 de septiembre de 2004, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión, sendos escritos de AZULTEL DE ESPAÑA, S.L. (en adelante, AZULTEL) y COMUNITEL GLOBAL, S.A (en adelante, COMUNITEL).

En concreto, AZULTEL solicitaba que (i) se tomaran las medidas pertinentes para garantizar que las condiciones de la aplicación de la Resolución MTZ 2004/1574 fueran igualitarias para todos los operadores (ii) se aclarasen las condiciones de comercialización de sus tarjetas Telecard, Habla Ya, 1004, Exclusiva, Stela, Telecard y 100% Activa con respecto a la compensación a los propietarios de terminales de uso público por llamada gratuita para el llamante, y finalmente, (iii) que se inste a Telefónica a suspender cautelarmente la comercialización de dichas tarjetas.

Por su parte, COMUNITEL, en su escrito de 27 de septiembre de 2004 solicitaba que se iniciase expediente y dentro del cuál realizase el correspondiente proceso de inspección sobre los siguientes hechos: (i) Si Telefónica no está trasladando el recargo a TTP, (ii) Si Telefónica realiza transferencias intra-grupo entre el servicio telefónico de cabinas realizado por sí misma dentro del servicio universal y el presentado por TTP, y (iii) Si están aplicando precios por debajo de costes a distribuidores autorizados de Telefónica.

Para probar que el número de minutos ofrecido por los distribuidores de Telefónica es el mismo con independencia de si esa tarjeta es usada desde un terminal público o privado, COMUNITEL aportó Acta Notarial en la que se pone en evidencia que las tarjetas denominadas “1004”, “Telecard”, “Activa 100x100”, “Exclusiva” y “Happy Card” ofrecían el mismo número de minutos por el mismo precio.

Décimo.- Con fecha 29 de septiembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U (en adelante, BT) por el que se solicita que: (i) Se imponga a Telefónica la obligación de trasladar desde el 1 de agosto de 2004 el recargo por compensación por el uso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante desde terminales de uso público, (ii) Se inicie un procedimiento de información previa a un procedimiento sancionador para determinar los incumplimientos llevados a cabo por parte de Telefónica.

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

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

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

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

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

Decimosexto.- Con fecha 28 de octubre de 2004, el Consejo de esta Comisión emitió Resolución por la que se incoaba expediente para analizar el comportamiento de Telefónica con relación a las denuncias presentadas por los operadores, por ASTEL y por algunos mayoristas revendedores de tráfico de telefonía de uso público en relación con las condiciones de aplicación del recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto en concepto de compensación por el uso de terminales de uso público para llamadas gratuitas para el llamante para estudiar la posible existencia de algún trato discriminatorio de Telefónica a favor de sus Agentes-Distribuidores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Decimoséptimo.- Con fecha 29 de octubre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de CITYCALL por el que se solicitaba que se analizase si TTP está comercializando la “tarjeta multidesino” con precios predatorios.

Decimooavo.- Con fecha 17 de noviembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicita que se de por cumplido el Acuerdo Primero de la Resolución de 28 de octubre de 2004 por la que se adoptan medidas cautelares respecto a las condiciones de aplicación del recargo por uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante.

Decimonoveno.- Con fecha 2 de diciembre de 2004 se abrió el presente trámite de información previa (AEM 2004/1844) por el que con el fin de conocer la existencia de comportamiento anticompetitivo por parte de TTP en la comercialización de la “tarjeta multidesino”, se requirió a TTP que remitiera cuanta información considerase oportuna en cuanto a:

- Distribución del tráfico de la “tarjeta multidesino” desde terminales de uso público y desde teléfonos privados.
- Precios para cada uno de los destinos.
- Sistema de facturación, cobro y pago del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante.

Vigésimo.- Con fecha 3 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITYCALL por el que solicita: (i) que en sede cautelar se imponga a Telefónica la obligación de suspender inmediatamente la prestación del servicio a todos sus agentes distribuidores, (ii) que subsidiariamente y siempre en sede cautelar, se imponga a Telefónica la obligación de suspender el servicio a los agentes distribuidores que no hayan procedido al pago del recargo, (iii) que en sede cautelar se imponga a Telefónica la obligación de recabar garantías de sus agentes distribuidores y, que en el caso de que no las recabe, proceda a suspender el servicio a los agentes distribuidores, y finalmente (iv) que se inicie expediente sancionador por el incumplimiento de la Resolución de 19 de septiembre de 2002.

Vigésimo primero.- Con fecha 10 de diciembre de 2004, esta Comisión remitió a todos los interesados en el presente procedimiento Informe de los Servicios con respecto a la situación del asunto de referencia (AEM 2004/1681).

Vigésimo segundo.- Con fecha 14 de diciembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicita que se tenga por cumplido lo dispuesto en el Acuerdo Tercero de la Resolución de 28 de octubre por la que se adoptan medidas cautelares con respecto a las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de aplicación del recargo por uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante. Al día siguiente tuvo entrada en el Registro de esta Comisión nuevo escrito de Telefónica por el que subsanaba errores de estilo en el documento presentado el día anterior.

Vigésimo tercero.- Con fecha 16 de diciembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de SPANTEL por el que solicita que se exija el inmediato y efectivo cumplimiento de la medida cautelar de 28 de octubre de 2004 por parte de Telefónica y sus revendedores autorizados.

Vigésimo cuarto.- Con fechas 16, 20, 21 y 22 de diciembre, Jazztel y More Minutes, Comunitel, ASTEL y Telefónica presentaron escrito de alegaciones en relación con el Informe de los Servicios.

También el 16 de diciembre, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de CITY CALL por el que además de presentar alegaciones al Informe de los Servicios, solicita que en sede cautelar se imponga a Telefónica la obligación de suspender inmediatamente la prestación del servicios a todos sus Agentes Distribuidores.

Con fecha 20 de diciembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de MCI Worldcom por el que además de realizar alegaciones al Informe de los Servicios, solicita que en sede cautelar, se imponga a Telefónica la obligación de suspender inmediatamente el servicios a los Agentes Distribuidores que no hayan procedido al pago del recargo, y que en sede cautelar, se imponga también a Telefónica la obligación de recabar garantías de sus Agentes Distribuidores y, que en caso de no recabarlas, proceda a suspender el servicio a los Agentes Distribuidores.

Vigésimo quinto.- Con fecha 22 de diciembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que presenta una actualización de pagos y cobros hasta la fecha.

Vigésimo sexto.- Con fecha 28 de diciembre de 2004 y 25 de enero de 2005, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de TTP por los que daba respuesta a la información requerida.

Vigésimo séptimo.- Con fecha 29 de diciembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITY CALL por el que se solicitaba que en sede cautelar se obligara a Telefónica a suspender de inmediato la prestación del servicio a todos sus Agentes Distribuidores.

Vigésimo octavo.- Con fecha 30 de diciembre de 2004, el Consejo de esta Comisión resolvió sobre las condiciones de aplicación del recargo por la realización de llamadas gratuitas para el llamante desde terminales de uso público.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vigésimo noveno.- Con fecha 30 de diciembre de 2004 se requirió a Telefónica la siguiente información:

- *Especificación de las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas de los contratos realizados entre Telefónica de España, S.A.U. y sus Agentes Distribuidores antes y después de la aprobación de la Resolución de 31 de marzo de 2004, relativa a la retribución asociada a los terminales de uso público por las llamadas gratuitas para el llamante.*

Trigésimo.- Con fecha 13 de enero de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en respuesta al requerimiento de 30 de diciembre de 2004. Telefónica aporta dos contratos:

- a) Contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para la prestación del servicio telefónico disponible al público, y
- b) Contrato de distribución comercial de soportes de pago.

Ambos documentos son los contratos que Telefónica tiene formalizados con TTP y con los restantes Agentes Distribuidores y recogen, entre otras cuestiones, cláusulas respecto a la retribución que perciben estos Agentes así como la remuneración que percibe Telefónica.

Trigésimo primero.- Con fecha 28 de enero de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que presenta una serie de alegaciones en relación al expediente de referencia.

Trigésimo segundo.- Con fecha 4 de febrero de 2005 se emitió Informe para su audiencia por parte de todos los agentes implicados en el expediente de referencia.

Trigésimo tercero.- Han formulado alegaciones ASTEL, COMUNITEL, CITYCALL, MORE MINUTES, TELE2, MCI, Telefónica y TTP.

Trigésimo cuarto.- Con fecha 3 de marzo de 2005, y en el marco del procedimiento de tramitación de referencia se requirió a todos los interesados la siguiente información:

- Evolución mensual de los ingresos, minutos y número de tarjetas comercializadas por cada uno de los Agentes Distribuidores con los que mantiene una relación contractual, durante el periodo comprendido entre los meses de enero de 2004 y febrero de 2005, conforme al formato adjunto.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación Competencial

De acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003), *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Además, el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución, de conformidad con el mencionado artículo 11.4., debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras”*.

Asimismo, de conformidad con la Ley 32/2003, la habilitación competencial de esta Comisión para la tramitación del presente procedimiento se encuentra recogida en el artículo 48.3. e) que establece que corresponde a esta Comisión *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios...”*.

Segundo.- Sobre las prácticas objeto de este expediente.

El presente expediente trae causa de la Resolución dictada en el expediente 2004/1491, de fecha 28 de octubre de 2004, abierto en relación con las condiciones de aplicación del recargo por uso de TUP para la realización de llamadas gratuitas para el llamante.

Según señala dicha Resolución *“los operadores denunciantes han detectado fuertes evidencias de que el recargo por la compensación a los terminales de uso público no está siendo trasladado a los clientes finales usuarios de tarjetas de prepago por parte de los distribuidores autorizados de Telefónica, que además tienen la exclusividad con esta empresa en cuanto a la comercialización de las tarjetas prepago que actúan con numeraciones de cobro revertido automático de Telefónica. Las evidencias encontradas que aportan son las siguientes: (a) una tarjeta prepago de*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estos distribuidores ofrece al cliente final el mismo número de minutos con independencia de si esa tarjeta es usada desde un terminal privado o desde un terminal de uso público. (b) Estos distribuidores han publicitado durante el mes de agosto, directamente la no aplicación del recargo en el precio de las tarjetas, esta promoción es un hecho estable ya que la comercialización sigue realizándose de la misma manera.

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

De existir dicho trato discriminatorio, los Agentes-Distribuidores de Telefónica podrían haber aprovechado el pago aplazado en las facturas correspondientes al mes de agosto como consecuencia de la automatización del sistema de facturación para captar un volumen importante de ventas como consecuencia de agresivas promociones estivales y gracias a la comunicación usuario a usuario de aquellas tarjetas más ventajosas.”

En consecuencia la citada Resolución acordó la incoación de expediente para analizar el comportamiento de Telefónica con relación a las denuncias presentadas en relación con las condiciones de aplicación del recargo en concepto de compensación por el uso de terminales de uso público para llamadas gratuitas para el llamante con objeto de “*estudiar la posible existencia de algún trato discriminatorio de Telefónica a favor de sus Agentes-Distribuidores*”.

Por su parte, los interesados en este procedimiento han puesto de manifiesto en sus alegaciones la presunta existencia de prácticas anticompetitivas consistentes en la discriminación- a favor de sus Agentes-Distribuidores en general, y de su filial TTP en particular- en los precios mayoristas del tráfico que les suministra, con incumplimiento del régimen de precios regulados que le es aplicable, discriminación que resultaría de los precios finales a los que dichos Agentes están comercializando sus tarjetas prepago y que, de acuerdo con las denuncias formuladas , no permitirían a éstos recuperar ni los costes derivados del recargo, ni el importe del tráfico adquirido de TESAU, al situarse por debajo del precio regulado de ésta.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El objeto de la presente Resolución es, por tanto, determinar si Telefónica ha incurrido en prácticas anticompetitivas consistentes en la aplicación discriminatoria a favor de sus Agentes Distribuidores de:

- **el recargo** aprobado por esta Comisión para las llamadas desde TUP gratuitas para el llamante;
- **el régimen de precios regulados** a que está sometida;

Tercero.- Consideraciones generales acerca del contrato entre los Agentes Distribuidores de Telefónica y Telefónica.

En el escrito presentado por Telefónica el pasado 13 de enero de 2005 se aportan dos **contratos confidenciales** relativos a: (i) contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para la prestación del servicio telefónico disponible al público y (ii) contrato de distribución comercial de soportes de pago. De acuerdo con sus alegaciones, dichos contratos justificarían la correcta aplicación por su parte, tanto del régimen de precios al que está sometida como del recargo aprobado por esta Comisión; en definitiva, justificarían la inexistencia de la discriminación que denuncian los interesados en este expediente.

Teniendo esto en cuenta, es preciso, por tanto, examinar las condiciones contractuales en cuya virtud la operadora pretende justificar el precio aplicado.

1. Contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para la prestación del STDP.

Tal y como se desprende de la Cláusula Primera de este Contrato, su objeto es establecer los términos y condiciones en que Telefónica prestará al Cliente el servicio de “Tarjeta Prepago Multidestino para Prestación de Servicio Telefónico disponible al Público” (en adelante, “el Servicio” y “la Tarjeta”) para que éstos últimos establezcan su propio sistema de prestación de servicio telefónico.

2. Contrato de distribución comercial de soportes de pago.

Por su parte, la Cláusula Primera del Contrato de comercialización señala que el objeto de este Contrato será el establecimiento de los términos y condiciones en que el Distribuidor comercializará, en nombre propio y por cuenta propia el soporte que incorpore el número de identificación necesario (en adelante, PIN) que el Distribuidor obtenga de Telefónica en el marco del Servicio de Alquiler de Plataforma.

Pues bien, como resulta de la propia descripción de Telefónica, los contratos engloban dos relaciones de naturaleza y régimen diferentes; (i) la propia del revendedor, **cliente mayorista de Telefónica**, y por tanto, afectado por el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

régimen de regulación de precios que limita la capacidad comercial de Telefónica, y (ii) la de **distribuidor comercial** de los servicios de Telefónica, cuyo régimen exige la vigilancia sobre la aparición de condiciones o cláusulas que pueden resultar anticompetitivas habida cuenta de la posición del grupo en los mercados afectados.

Se trata pues de unas relaciones contractuales que inciden en los mismos mercados, y deben reunir las mismas condiciones que esta Comisión estableció en su Resolución de 24 de abril de 2003, relativa al contrato, llamado entonces, de Suministrador Homologado. En ella se imponían a Telefónica las siguientes obligaciones:

- “- TESAU deberá aplicar precios regulados al Suministrador Homologado por los servicios sujetos a la regulación de precios que preste a través de las líneas de su titularidad.*
- La remuneración que el Suministrador Homologado reciba de TESAU por la efectiva prestación de los servicios relacionados con la gestión de locutorios deberá, en todo caso, mantenerse desvinculada del tráfico efectivamente cursado por las líneas titularidad de aquél, y establecerse únicamente en función del ahorro de costes que le genere a TESAU la prestación de dichos servicios por parte del Suministrador Homologado, y ello de conformidad con la racionalidad económica que subyace a la citada figura y a la que se ha hecho referencia en la presente Resolución.*
- Cualquier descuento adicional a los ya aprobados relativo al volumen de tráfico que cursen las líneas titularidad del Suministrador Homologado deberá ser objeto de aprobación previa por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, mediando el preceptivo informe de esta Comisión.*
- TESAU deberá aplicar a las comisiones que en su caso acuerde libremente con el Suministrador Homologado por la realización de las labores de promoción comercial o de actividades tales como la gestión de avales y prepagos o la provisión de servicios postventa, según el criterio de racionalidad económica que subyace a dicha figura y que, como ya se ha mencionado, consiste en el ahorro de costes efectivamente generado a TESAU por la prestación de sus servicios, reservándose esta Comisión, con respecto a la aplicación de dichas comisiones, el ejercicio de sus funciones de vigilancia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado.*

Así, como cliente mayorista, serán principios básicos de obligada observancia en las relaciones entre Telefónica y el correspondiente Distribuidor



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los siguientes, reiteradamente fijados en Resoluciones anteriores de esta Comisión:

- Telefónica deberá aplicar precios regulados al Distribuidor por los servicios sometidos a regulación de precios que le preste.
- Cualquier descuento adicional sobre el volumen de tráfico que Telefónica pretenda ofrecer a sus clientes, sean estos mayoristas o minoristas, deberá ser objeto de aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión.
- En relación con el recargo y, de acuerdo con lo establecido por esta Comisión en su Resolución de 31 de marzo de 2004, deberá repercutir éste, en la doble condición que Telefónica ostenta como operador de acceso y del STDP y titular TUP.

En cuanto a la distribución de soportes, la función del Distribuidor se circunscribiría a una labor de intermediación, a la que habría que añadir la realización de actividades adicionales tales como la provisión de un servicio postventa, que se podrían remunerar por parte de Telefónica de manera conjunta o separada, según acordasen las partes conforme a su voluntad.

- Formalizar el correspondiente **contrato** con el cliente final.
- Aplicar al cliente **precios regulados** por los servicios telefónicos sujetos al régimen de regulación de precios que le preste.
- **Aplicar las comisiones** que en su caso acuerde libremente con el Distribuidor por la labor de promoción comercial o la realización de actividades tales como la gestión de avales y prepagos o la provisión de servicios posventa, **según el criterio de racionalidad económica que subyace en dicha figura**.

Cuarto: Mercados relevantes afectados por las conductas objeto del presente Expediente y la posición del Grupo Telefónica en dicho mercado

4.1 Cuestión previa: la caracterización del Grupo Telefónica como unidad económica a efectos de análisis desde el punto de vista de la Competencia

Con carácter previo a la concreción del mercado de referencia afectado por las conductas objeto de análisis en la presente Resolución y de la determinación de la posición de TTP y Telefónica en el mercado afectado, es preciso destacar que a los efectos de aplicar las normas de Derecho de la competencia, cuando un grupo de sociedades constituye una "*unidad económica*", en tanto en cuanto



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, **existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia**. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación con la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica (por todas, Resolución de 8 de noviembre de 2001 sobre Tarifa Plana de Terra).

Ésta parece ser la situación de TTP que es una *.empresa del sector de la telefonía pública cuyo objeto principal es la explotación de terminales en recintos privados, y en dominio público sujeto a concesión*, y Telefónica en el marco del actual procedimiento. Así, podría afirmarse que TTP carece de independencia de comportamiento con respecto a Telefónica en tanto que esta empresa controla el 100% del capital de la primera.

Por tanto, y sobre la base de que las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica, resulta pertinente considerarlas como una sola empresa a los efectos del análisis de competencia. (Resolución de 30 de diciembre, en el expediente AEM2004/1681).

4.2 Mercado de producto.

De acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, el criterio más importante de definición del mercado de producto relevante es la intercambiabilidad de la demanda, aunque también habrá que tener en cuenta la intercambiabilidad de la oferta y la competencia potencial.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, de 22 de agosto de 1998 (en adelante, *.Comunicación de Acceso.*) define el mercado de productos o servicios de referencia como aquél *que comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.* Así, se considerará que los diferentes servicios de telecomunicaciones son sustituibles si presentan un grado suficiente de intercambiabilidad para el usuario final, lo que significa que puede desarrollarse una competencia efectiva entre los diferentes prestadores de tales servicios.

En el presente expediente, las conductas denunciadas consisten, como ha quedado señalado, en la presunta aplicación de precios y condiciones discriminatorias a revendedores- clientes mayoristas de tráfico- y distribuidores de Telefónica, afectando por tanto a mercados que han sido ya identificados en Resoluciones anteriores de esta Comisión y cuyo análisis no resulta modificado en este caso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se trata de los mercados de telefonía de uso público prestada en dominio privado, en dominio público y en dominio público sujeto a concesión definido en la Resolución de 30 de diciembre, tantas veces citada y plenamente aplicable aquí en cuanto se trata del análisis de las mismas conductas que dieron origen a la misma, y el mercado conexo del STDP fijo en el que TESAU ha sido declarada dominante por esta Comisión.

4.3 Posición del Grupo Telefónica en los mercados definidos.

De igual modo, por lo que se refiere a la posición de las empresas del Grupo Telefónica en esos mercados, se deben dar por reproducidas en el marco del actual expediente, las consideraciones realizadas respecto del mercado de telefonía de uso público en la Resol de 31 de marzo,

“Con respecto a la posición del Grupo Telefónica en el segmento de telefonía de uso público prestada en dominio público, de los datos obtenidos por esta Comisión en el marco del Informe Anual 2003 se puede concluir la presencia abrumadora del Grupo Telefónica, a través de Telefónica en este segmento del mercado de referencia. Así, esta operadora a finales de 2003, mantendría una cuota en ese segmento superior al 90%.

En relación con la interpretación de los indicadores anteriores, y según jurisprudencia consolidada, cuotas de mercado superiores al 50% atestiguan la existencia de una posición de dominio¹¹. Adicionalmente, cabe poner de manifiesto que la posición del operador con mayor cuota con respecto al resto de sus competidores también es relevante¹². Sin embargo, y tal como señala el Tribunal de Justicia Europeo en la citada Sentencia United Brands, es cierto que la cuota de mercado, aún siendo un indicador de la posición de dominio, no debe ser el único parámetro a considerar para evaluar el poder de mercado ostentado por un cierto operador. Así, además de la cuota de mercado, las Directrices¹³ aportan una serie de criterios adicionales para determinar la capacidad de una empresa para comportarse de manera independiente de sus competidores y clientes. El análisis de otros factores adicionales fue llevado a cabo por esta Comisión en la ya citada Resolución de 22 de diciembre de 1998: Para mayor abundamiento y en línea con lo señalado anteriormente, no puede obviarse la importancia, a efectos de penetración y posicionamiento en los mercados, de ostentar la condición de filial del operador dominante en el sector de telecomunicaciones. A nadie se le oculta las ventajas que ello reporta en términos de sinergias, dimensión financiera, experiencia, tarjeta de presentación,... Desconocer estas consideraciones supondría ignorar la realidad de todos aquellos mercados de tradición monopolística que han sido posteriormente liberalizados, como el español. En efecto, la situación en el mercado de TTP y su capacidad de competir están, sin duda, favorecidas por los elementos anteriormente expuestos y que no habrían variado con respecto a 1998.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Otro elemento importante a la hora de evaluar la posición de dominio de un operador son las **barreras a la entrada** existentes en un determinado mercado. Así, la Comisión Europea estima que, de hecho, la ausencia de barreras de acceso actúa, en principio, como elemento disuasorio de un comportamiento anticompetitivo independiente por parte de una empresa con una cuota de mercado significativa.¹⁴ Por lo que respecta a los terminales de uso público instalados en el dominio privado como actividad secundaria las barreras a la entrada son reducidas. Así, dichos agentes compiten mediante el canon que se abona al propietario del local para que les permita la instalación del terminal. Dado que el resto de los requisitos para dicha instalación son mínimos, cabe concluir que no existen barreras importantes en esta categoría que limiten la entrada de nuevos competidores en este mercado.

Diferente es la situación de las condiciones de acceso al dominio público y al dominio público sujeto a concesión. La instalación de terminales en el dominio público, en el que se observa una abrumadora posición de Telefónica, presenta barreras a la entrada dado que las mejores ubicaciones (las más transitadas) ya están ocupadas por el operador tradicional. Por tanto, es difícil competir con dicho operador en la situación actual de madurez del mercado.

Adicionalmente, cabe decir que si bien todos los agentes presentes en el mercado de la telefonía de uso público pueden optar a la instalación de cabinas en este tipo de ubicaciones, lo cierto es que los operadores de telecomunicaciones se enfrentan a requisitos menos estrictos. Así, mientras que los operadores de telecomunicaciones requieren únicamente de autorización para la instalación de terminales de uso público, las empresas de telefonía de uso público requieren de concesión administrativa, mucho más difícil de obtener.

Por tanto, las barreras a la entrada para la instalación de terminales de uso público en el dominio público son elevadas y, en particular, para las empresas de telefonía de uso público, que no dispongan de un título habilitante como operador de telecomunicaciones.

De igual forma, el dominio público sujeto a concesión también presenta barreras a la entrada aunque menores que la anterior dado que dichas concesiones suponen contratos a largo plazo, lo que liga al cliente con el proveedor y dificulta la entrada al mercado. Ahora bien, en la medida que dichas concesiones expiren, los agentes presentes en el mercado partirán de una situación similar.

En consecuencia, dado que el mercado engloba los tres tipos de actividades, cabe concluir que el grupo Telefónica es una empresa dominante en el mercado nacional de la telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público y dominio público sujeto a concesión.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Igualmente, TESAU ha sido declarada por esta Comisión, operadora dominante en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público de conformidad con la Resolución de 11 de septiembre de 2003, como consecuencia de ello, las obligaciones derivadas de ostentar tal condición se encuentran actualmente vigentes en el ámbito del nuevo marco regulador de conformidad con la Disposición Transitoria Primera, Apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que *los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.*

4.4 Mercado geográfico.

Según jurisprudencia consolidada y tal como pone de manifiesto la Comisión Europea en las Directrices en el párrafo 56, *el mercado geográfico pertinente comprende un área en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, las condiciones de competencia son similares y puede distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas de las condiciones de competencia prevalentes.*

En el mercado de producto analizado en el marco del presente procedimiento, **las empresas de telefonía de uso público no pueden comportarse de manera monopolística en sus áreas de influencia geográfica. Efectivamente, existe competencia ex ante entre las empresas para conseguir las ubicaciones más rentables que, como se ha dicho anteriormente, se identifican en función del número de clientes que acuden al establecimiento en cuestión.**

De esta forma, la rivalidad *ex ante* que se ha descrito anteriormente es suficiente para asegurar que no existan diferencias sensibles en la situación de competencia en el territorio geográfico español. Por tanto, cabe asumir que dichas condiciones son *suficientemente homogéneas*, y por ello, en este caso particular, no deben considerarse mercados de dimensión geográfica inferior. Por tanto, **el ámbito geográfico relevante para el presente procedimiento está constituido por la totalidad del territorio español.**

Del mismo modo, TESAU ha sido declarada dominante en el STDP fijo en todo el territorio nacional.

Quinto.- Sobre la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas.

Descritas las relaciones que vinculan a Telefónica con los Distribuidores y las obligaciones que debe observar, debe analizarse ahora la conducta descrita por Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.1. Importe efectivo del recargo.

Esta Comisión, mediante Resolución de 31 de marzo de 2004, fijó en 4,79 céntimos por minuto el importe del derecho de compensación al que tienen derecho los titulares de terminales de uso público.

No obstante lo anterior, es importante señalar que a fin de dar traslado del recargo por el uso de terminales de uso público a los comercializadores de las tarjetas de minutos es necesario añadir al precio final una cantidad por minuto que será superior a los 4,79 céntimos fijados en la citada Resolución de la CMT.

En efecto, en un servicio de tarjetas telefónicas el “tiempo de sistema” (*system time*) es aquél en el que el usuario está conectado a la plataforma del servicio de tarjetas pero no está en conversación con el destino que él desea. Incluye el tiempo de interacción con la plataforma para la identificación del usuario (PIN), escucha de locuciones informativas de saldo, menús de selección de idiomas, etc, y tiempo de conexión con el destino deseado (señal de llamada en el destino hasta el descuelgue de éste).

Así pues hay dos tiempos fundamentales a tener en cuenta en los servicios de tarjetas:

- **Tiempo de acceso** al servicio: es el tiempo que dura la llamada al número de acceso (típicamente un 900). Este tiempo es la suma del tiempo de conversación más el tiempo de interacción más el tiempo de conexión. Todo este tiempo produce costes para el emisor de tarjetas.
- **Tiempo de conversación:** es el tiempo que dura la conversación que el usuario paga con la tarjeta. Sólo este tiempo genera ingresos para el emisor de tarjetas.

Telefónica cobra 0,0479 € por minuto de tiempo de acceso, que es lo que le autoriza a cobrar la Resolución de 31 de marzo de la CMT. No obstante, los registros de llamada utilizados para valorar y facturar el recargo son los registros de llamada generados por las centrales de conmutación para todas las llamadas con origen cabina y destino una numeración gratuita, utilizándose estos mismos registros para todos los destinos sin distinción de si son servicios de tarjetas o de otra naturaleza.

De este modo, el emisor de la tarjeta sólo debería descontar saldo de la tarjeta cuando se llega a la fase de conversación y sólo por el tiempo de conversación. Es decir, que, por ejemplo, si un usuario realiza todo el proceso de identificación y finalmente el destino deseado no descuelga por estar ausente,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el tiempo de conversación es cero y en consecuencia el emisor de la tarjeta no debería cobrar nada.

Sin embargo, el emisor de la tarjeta sí tiene que soportar costes por todo el tiempo de acceso. Por ejemplo, en el caso de las llamadas desde cabina, el emisor paga a razón de 0,0479 € por minuto de tiempo de acceso (tiempo de sistema más tiempo de conversación).

En el caso particular de la aplicación del recargo de cabinas lo anterior debe ser tenido en cuenta por el emisor, ya que el recargo que debe aplicar en las tarifas de la tarjeta debe ser calculado de tal forma que compense la diferencia entre los dos tiempos mencionados.

Efectivamente, la cantidad de minutos facturables al usuario final siempre resulta inferior a la cantidad de minutos de utilización de los terminales de uso público. Esto es así porque el tiempo de establecimiento de la comunicación (introducción del PIN, introducción del número de destino, identificación del saldo, etc) no es facturado al usuario final. Del mismo modo, las llamadas para consulta de saldo tampoco son facturadas a los usuarios. La diferencia es el llamado "*system time*" que genera la obligación de pago del recargo pero que sin embargo no genera ingresos por parte del usuario, por este motivo resulta necesario imputar los costes del "*system time*" entre los minutos de comunicación efectiva.

Por todo ello, los costes de acceso no son siempre idénticos ya que estos varían en función de diversos factores como el perfil de los usuarios o del destino del tráfico (países con redes de terminación más o menos fiables, por ejemplo, que pueden requerir varios intentos para concluir una comunicación).

En el caso particular de Telefónica¹ la proporción actual entre el Tiempo de Acceso (TA) y el Tiempo de Conversación (TC) es:

CONFIDENCIAL []

o dicho de otra forma, el tiempo de sistema es de **CONFIDENCIAL []**%.

Esta proporción puede ir cambiando con el tiempo debido principalmente a las características de la propia red como de la calidad de la red en los países de destino, o de las mejoras de la plataforma de Telefónica.

En la actualidad esto implica que nuestros mayoristas estarían aplicando un recargo en las tarifas de las tarjetas de **CONFIDENCIAL []**, que es el resultado de **CONFIDENCIAL [0,0479x]**. Si en algún momento esta relación del **CONFIDENCIAL []**% variara, Telefónica se lo comunicaría a los emisores

¹ Según información aportada por Telefónica con fecha 28 de enero de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

al objeto de que adoptaran las decisiones de mercado que consideraran pertinentes.

Adicionalmente habría que añadir los costes de comercialización **[CONFIDENCIAL]** e IVA (16%), por lo que tomando en consideración todos estos elementos, el impacto en el precio de venta al público del recargo se sitúa en torno a los **[CONFIDENCIAL]** céntimos de euro por minuto.

5.2. Análisis económico de las ofertas de TTP y de los restantes Agentes Distribuidores.

A partir de los costes anteriormente descritos para la prestación de los servicios de referencia derivados únicamente de la aplicación del recargo, debe realizarse ahora el análisis de las posibles prácticas anticompetitivas del Grupo Telefónica y de sus distribuidores.

En particular, es de especial relevancia la “Tarjeta Multidestino” de TTP ya que está comercializando los servicios a precios inferiores a los costes generados por el recargo. En la tabla siguiente se realiza la comparación del precio final de esta tarjeta (para determinados destinos) y los costes imputables por el recargo, dada la fórmula anterior de cálculo²: **[CONFIDENCIAL]**

Dada la situación anterior es preciso realizar las siguientes valoraciones. En primer lugar, señalar la situación específica de TTP, filial 100% del Grupo Telefónica y, por tanto, parte de la misma unidad económica de acuerdo con los principios del Derecho de la competencia³. Y, en segundo lugar, debe analizarse la situación del resto de distribuidores de Telefónica que, como se ha descrito anteriormente, siendo empresas independientes a ésta están vinculadas por un contrato con especiales características.

5.2.1. Oferta de TTP.

Pues bien, con respecto a TTP, como empresa perteneciente a la misma unidad económica que Telefónica, de acuerdo con el derecho de la competencia, una estructura de precios como la comercializada por la “*Tarjeta Multidestino*” plantea problemas competitivos claros, ya que el sistema de tarificación derivado de la aplicación del recargo hace inviable, para otros operadores, la aplicación de una oferta como la presentada por TTP.

² Es importante señalar que además de los costes generados por el recargo, habría que sumar el resto de costes como el de acceso, el de terminación nacional en número gratuito, el de la plataforma o el de terminación internacional, lo que haría que los precios de TTP, para numerosos destinos, fueron sustancialmente inferiores al importe del propio recargo.

³ Ver Resolución de 20 de noviembre de 2003 sobre la supresión, por parte de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. del acceso a numeración gratuita para el llamante desde sus terminales de uso público.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De esta forma, la aplicación del recargo a TTP de forma no discriminatoria, como se impone a Telefónica, supondría una situación de pérdidas de los costes variables, derivados de la interconexión y del recargo y, en consecuencia, también de los costes fijos.

De los cálculos y consideraciones realizadas anteriormente resulta evidente que los precios a los que TTP ha comercializado sus tarjetas son tales que ni siquiera permitirían recuperar el importe del recargo que Telefónica (matriz al 100% de TTP) está obligada a repercutirle, con lo que estaría vendiendo por debajo de sus costes, conducta prohibida como unidad económica que constituye con TESAU, en reiteradas ocasiones por esta Comisión.

Así, el comportamiento de Telefónica supone un incumplimiento de la Resolución adoptada por esta Comisión el 19 de septiembre de 2002 en el expediente OM 2002/6634 que especificaba:

“[...] de las tarifas cobradas por TTP parece desprenderse la existencia de una discriminación de precios abusiva a favor de TTP con respecto al resto de empresas de telefonía de uso público.

En efecto, la tarifa ofertada por TTP para llamadas internacionales es más barata que la de TESAU, llegando a ser un 70% inferior en algunos destinos. Ello puede deberse a que TESAU estaría cobrando unos precios a TTP que, además de no cumplir con la regulación de precios, serían discriminatorios a favor de TTP frente al resto de clientes y, en concreto, el resto de empresas de telefonía de uso público. [...]

En este caso, TTP disfrutaría de unos precios favorables que le otorgarían una ventaja competitiva frente al resto de agentes que prestan servicios de telefonía fija a través de reventa, con lo que el precio discriminatorio establecido por TESAU tendría unos efectos anticompetitivos claros y constituiría un abuso de su posición de dominio.

Existe, eso sí, la posibilidad de que el precio al que TESAU factura el servicio a TTP fuera acorde con la regulación de precios y no existiera discriminación alguna. En este caso, las tarifas ofertadas por TTP podrían incurrir muy posiblemente en precios predatorios, en la medida en que, recuérdese, están por debajo de las tarifas de su proveedor. En efecto, tal y como ha establecido la doctrina del TJCE, un precio es predatorio cuando está por debajo de los costes y, por tanto, el operador incurre en pérdidas en el corto plazo con el fin de impedir la entrada de competidores o eliminar competidores del mercado y con el objeto último de aumentar su poder de mercado e incrementar los beneficios futuros cuando la competencia esté debilitada. [...]

En este supuesto, al estar la tarifa de TTP por debajo de las tarifas de TESAU existen indicios más que relevantes de que se estaría por debajo de los costes medios variables. Si bien no existen datos para determinar los costes medios totales de TTP, tal y como se ha señalado en los párrafos precedentes, la Oferta de TTP constituye un elemento más de las recientes actuaciones de TESAU sobre el mercado de la telefonía de uso público tendente a captar para el Grupo Telefónica todo el tráfico posible de las empresas de telefonía de uso público, con lo que existiría el elemento volutivo necesario para declarar la existencia de una práctica abusiva.”

Adicionalmente, dicha resolución de 22 de abril de 2002 imponía a Telefónica en su resuelve sexto la siguiente obligación:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“SEXTO.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU cobrará por los servicios sujetos a regulación que preste a locutorios, empresas de telefonía de uso público, mayoristas y revendedores, los precios vigentes en cada momento”

En este mismo sentido existen precedentes de estrategias anticompetitivas por parte del Grupo Telefónica en el marco del tráfico étnico y relacionadas con el servicio telefónico que se prestan mediante tarjetas prepago desde terminales de uso público, así como otros mecanismos de gestión del tráfico étnico.

Así, la Resolución de 20 de noviembre de 2003 resolvió lo siguiente:

“La conducta del GRUPO TELEFÓNICA [...] consistente en la restricción del acceso desde los terminales de uso público titularidad de TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, SAU a ciertos números telefónicos cuyas llamadas son gratuitas para el llamante, en concreto los números empleados para prestar al público el servicio telefónico fijo mediante tarjetas prepago por parte de terceros operadores, constituye una conducta anticompetitiva materializada en una práctica discriminatoria al aplicar el GRUPO TELEFÓNICA [...] condiciones diferentes a las tarjetas emitidas por empresas de dicho grupo con respecto a las demás tarjetas presentes en el mercado emitidas por otros operadores alternativos, lo que supone no sólo un abuso de la posición de dominio que el GRUPO TELEFÓNICA ostenta en el correspondiente mercado nacional de la telefonía de uso público y dominio público sujeto a concesión, sino también un refuerzo de la posición de dominio que ostenta TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público”.

En la misma línea, esta Comisión ha constatado en el pasado que el Grupo Telefónica ha desarrollado estrategias anticompetitivas para reforzar su posición en el mercado de locutorios a través de la imposición de condiciones discriminatorias. Así fue constatado en la Resolución de 19 de septiembre de 2002, que prohibió al Grupo Telefónica continuar con sus conductas discriminatorias en relación con los locutorios.

Del mismo modo, esta Comisión ya analizó una situación similar en la tarifa plana comercializada por TERRA en su Resolución de 8 de noviembre de 2000:

“Aquellos competidores en el sector nacional de acceso a Internet a través de RTC y RDSI que quieran ofertar un producto similar al comercializado por TERRA incurrirán en unos gastos por utilización de red lo suficientemente cuantiosos, respecto del precio final considerado, como para no poder operar en las condiciones de deseable eficiencia que son propias de todo mercado efectivamente competitivo. La estructura de costes que aún sigue vigente es tal que una réplica de comportamientos por parte de otros operadores podría resultar imposible o excesivamente onerosa. La práctica comercial de TERRA, a la vista del contexto en el que se lleva a cabo, resulta ser objetivamente apta para anular o lesionar seriamente la viabilidad económica de las entidades que lancen o pretenda lanzar una oferta similar a la considerada. Puede por tanto erigir una importante barrera para la entrada o el legítimo posicionamiento de otros operadores en el mercado de referencia.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Éste es claramente el caso con respecto a la “Tarjeta Multidestino” de TTP, cuyo precio de venta al público no es suficiente ni para abonar el recargo por el uso del terminal. Se cumple asimismo la situación que se producía en aquella Resolución, respecto a que las pérdidas de TTP (TERRA en aquella ocasión) no son más que ingresos vía servicios mayoristas de Telefónica. De esta forma, TTP podría mantener la actual política comercial sin que se resintiera por ello la posición económica del Grupo mientras que sus competidores deberían afrontar pérdidas que no se neutralizarían intragrupo.

Pues bien, tal y como se ha indicado, ya esta Comisión se ha pronunciado mediante la Resolución de 24 de abril de 2003, respecto a la posición del Grupo Telefónica en los mercados de referencia y las obligaciones que tal unidad económica implica para las empresas que componen el Grupo. En especial, resulta importante señalar que TTP está obligada al mismo marco regulador de precios que tiene establecido Telefónica.

En concreto, Telefónica debe aplicar a los servicios incluidos en el modelo de regulación establecido por la normativa española la regulación tarifaria resultante del cumplimiento de las siguientes Órdenes Ministeriales, según resulta de su propio ámbito temporal de aplicación:

- Orden PRE/3103/2003, de 5 de noviembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2004.
- Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2005.

En consecuencia, tanto Telefónica como TTP están sujetos a la regulación de los precios de, entre otras, las llamadas internacionales, y al cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación y orientación a costes.

Sin embargo, tal y se refleja en la tabla incorporada anteriormente se pone de manifiesto que TTP está comercializando a través de su Tarjeta Multidestino precios para el servicio de llamadas internacionales por debajo de la cuantía del recargo. Por tanto, teniendo en cuenta que TTP, en su condición de comercializador de números gratuitos, ha de abonar ineludiblemente el recargo establecido por esta Comisión para compensar las llamadas generadas en terminales de uso público, ha de concluirse que los precios finales



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

eventualmente fijados para cada uno de los destinos habrían de cubrir no sólo este coste sino también cumplir con el principio de orientación a costes.

En consecuencia, y ante la falta de orientación a costes que se constata en la comercialización de la Tarjeta Multidestino, TTP deberá cesar de inmediato la distribución comercial y la activación técnica de la denominada Tarjeta Multidestino a partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución.

Asimismo, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, TTP deberá retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes finales.

5.2.2. Oferta de los restantes Agentes Distribuidores.

En segundo lugar, la situación de los Agentes Distribuidores difiere, en parte, de la situación anterior. Efectivamente, existen indicios de que éstos estarían comercializando el servicio de referencia a precios de venta al público inferior a la del recargo por el uso de cabinas y que no habrían modificado su precio como consecuencia de la introducción de dicho recargo. Ahora bien, la situación con respecto a TTP es diferente dado que estas empresas no pertenecen a la misma unidad económica que el Grupo Telefónica y que, como Telefónica reconoce, en su escrito de 13 de enero de 2005, estos agentes interpuestos no son un canal de distribución sino que son clientes mayoristas. Por tanto, estas empresas podrían modificar sus precios minoristas siempre y cuando se cumplieran las condiciones impuestas a Telefónica por la citada Resolución de 24 de abril de 2003⁴:

- TESAU debe aplicar los precios regulados al suministrador homologado;
- La remuneración que el suministrador homologado reciba de Telefónica deberá mantenerse desvinculada del tráfico efectivamente cursado y se establecerá en función del ahorro de costes que le genere a Telefónica.

Por tanto, el hecho de no trasladar el recargo a los precios minoristas y que, como se ha constatado anteriormente, éstos no sean replicables por terceros, en el caso de los agentes distribuidores puede deberse a dos factores:

- Por una parte, Telefónica podría estar aplicando de forma discriminatoria el recargo por el uso de cabinas, introducido por esta Comisión el 31 de marzo de 2004, permitiendo la replicabilidad de los precios descritos anteriormente por parte únicamente de los agentes distribuidores. El derecho de la competencia prohíbe la discriminación entendiendo por tal la aplicación a terceros contratantes de condiciones

⁴ Resolución relativa al contrato de suministrador homologado presentado por Telefónica de España, S.A.U.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva. Así, la letra c del Artículo 82 del Tratado prohíbe que una empresa dominante discrimine entre sus propios clientes, incluida la discriminación basada en el hecho de que dichos clientes acepten o no tratar exclusivamente con ella⁵. Por tanto, la no aplicación del recargo por el uso de cabinas a los agentes distribuidores supondría una discriminación del resto de competidores no justificada de forma objetiva. Adicionalmente esta práctica supondría una desventaja competitiva para el resto de agentes en el mercado, dado que los operadores alternativos deberían incurrir en pérdidas para competir en el mercado de referencia;

- Por otra parte, la venta a pérdidas que ilustra la estructura de precios anterior podría deberse a que el esquema que retribuye a los agentes distribuidores no se ajustara a los principios anteriormente descritos y que esta Comisión introdujo en la citada Resolución de 24 de abril de 2003⁶. Este análisis se realiza en el siguiente apartado.

5.3. Aplicación del régimen de precios regulados.

Tal y como se ha señalado, Telefónica está sujeta al modelo de regulación de precios finales especificado en las diferentes Ordenes Ministeriales⁷ y ello afecta, entre otras, a las llamadas internacionales que se realizan a través de estos soportes tipo.

Los contratos existentes entre Telefónica y sus agentes distribuidores pueden considerarse como un acuerdo vertical dado que suponen un acuerdo *“suscrito entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”*⁸.

Las autoridades de la competencia reconocen los efectos positivos que este tipo de acuerdos supone para la competencia, si bien se reconoce que pueden restringir o falsear la competencia, en particular cuando existen empresas que ostenten una posición de dominio en el mismo.

⁵ Asunto C-310/93 P, BPB Industries y British Gypsum/Comisión.

⁶ Ver nota al pie 4.

⁷ Orden PRE/3103/2003, de 5 de noviembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2004.

Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2005.

⁸ Ver Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales. (2000/C 291/01)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, las relaciones entre Telefónica y sus agentes distribuidores no pueden estar prohibidas *per se*, dado que pueden resultar beneficiosas para la competencia, pero deben observar determinadas condiciones para evitar el falseamiento de la misma. Éste ha sido el enfoque acogido por esta Comisión en las diferentes Resoluciones adoptadas sobre este particular. Así, en la citada Resolución de 24 de abril de 2003, esta Comisión no puso en cuestión la existencia de suministradores homologados *“limitándose esta Comisión a señalar, como ha de hacer ahora, aquellas condiciones de la prestación del servicio por TESAU que podrían resultar anticompetitivas y por tanto prohibidas, a saber:*

- *la negativa de suministro que allí se constató a quienes no eran calificados como “revendedores autorizados”;*
- *la exclusividad en el tráfico, imponiendo la contratación del mismo con la propia TESAU;*
- *la discriminación, al ofrecer condiciones distintas a estos “revendedores autorizados” y al resto de revendedores de servicios de telefonía y locutorios,*
- *Incumplimiento de la normativa vigente en materia de regulación de precios.”*

De particular importancia para el procedimiento de referencia es la discriminación que como operador dominante Telefónica no puede ejercer en la determinación de las condiciones retributivas a sus agentes distribuidores. Ya se ha referido esta Comisión anteriormente a la prohibición, que por parte del derecho de la competencia se impone al operador dominante, de discriminar, entendiendo por tal, la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva. Para que este trato diferenciado sea calificado de discriminación abusiva debe carecer de una justificación objetiva⁹ y debe provocar una desventaja competitiva al resto de agentes presentes en el mercado.

Cabe señalar que las razones objetivas apuntadas anteriormente se suelen identificar con factores económicos objetivos¹⁰ y, en particular, se relacionan generalmente con los costes de prestación del servicio¹¹. Por este motivo, esta

⁹ Véase sentencia del TJCE de 24 de junio de 1986 As. 53/85 *Akzo*.

¹⁰ Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, Tetra Pack International SA contra Comisión de las Comunidades Europeas, confirmada por la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996 y Sentencia del TPI de 1 de abril de 1993, BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd c. Comisión confirmada por el TJCE el 6 de abril de 1995 en la que se dice que diferencias de tratamiento entre distintos clientes por parte de una empresa en posición dominante deben justificarse por razones objetivas. En la misma línea las Decisiones de la Comisión de 10 de febrero de 1999 Aeropuertos Portugueses y Imailulaitos/Luftfartsverket sobre sistema de descuentos no objetivos.

¹¹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de octubre de 1997, T-229/94 Deutsche Bahn AG y Comisión Europea no admite como justificación basada en criterios objetivos las diferencias de costes que el propio operador dominante en la infraestructura había creado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión estableció en la citada Resolución de 24 de abril de 2003 que *“la remuneración que el Suministrador Homologado reciba de TESAU por la efectiva prestación de los servicios relacionados con la gestión de locutorios deberá, (...) establecerse únicamente en función del ahorro de costes que le genere a TESAU la prestación de dichos servicios por parte del Suministrador Homologado, y ello de conformidad con la racionalidad económica que subyace a la citada figura y a la que se ha hecho referencia en la presente Resolución.”*

La anterior previsión responde a la necesidad de asegurar que no se produzcan situaciones en las que se falsee la competencia en los mercados minoristas. Así, una remuneración de los agentes distribuidores justificada por una reducción en los costes de prestación de Telefónica no supondría un abuso de posición de dominio, en tanto que no crearía una desventaja competitiva al resto de agentes, requisito necesario para que un trato diferencial se considere abusivo. Ahora bien, cuando esta remuneración no se ajustara a dichos costes, supondría una práctica discriminatoria que trataría a diferentes clientes mayoristas de forma diferente, esto es, a los agentes distribuidores de forma diferente al resto de clientes mayoristas. En este punto debe recordarse la citada Resolución British Gypsum¹² respecto a la prohibición de discriminar entre los diferentes clientes del operador dominante.

Adicionalmente, cuando la remuneración del agente distribuidor no se ajuste al ahorro de costes estaría suponiendo, de facto, una subvención cruzada con los efectos negativos que sobre la competencia tendría, tal y como establecen las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones¹³:

“Bajo determinadas circunstancias, la subvención cruzada puede provocar distorsiones en el sector de las telecomunicaciones. Por ejemplo, cuando permitan a una empresa presentar ofertas más ventajosas que las de sus competidores por medios artificiales, como son las subvenciones, y no gracias a una mayor eficiencia y rentabilidad de las operaciones. Por tanto, resulta indispensable evitar toda subvención cruzada que dé lugar a una competencia desleal para el desarrollo del suministro de servicios y equipos”.

En este punto, esta Comisión debe referirse a los indicios apuntados en anteriores apartados respecto al nivel de los precios de venta al público de estos agentes con respecto a la cuantía del recargo por el uso de cabinas que impone Telefónica.

Dadas las anteriores cautelas que podrían hacer que los contratos entre Telefónica y sus agentes distribuidores fueran anticompetitivos, debe analizarse lo establecido por la Cláusula Cuarta del Contrato, en la que se fija

¹² Ver nota al pie 5.

¹³ 91/C 233/02.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la contraprestación que Telefónica abonará a los Distribuidores por los servicios que éstos le presten:

Los porcentajes que aplica Telefónica a sus Agentes Distribuidores más que ponderadores representan valoraciones individualizadas que realiza dicha operadora para cada uno de ellos en función de sus logros mensuales. Dicho multiplicador o en su caso divisor se re-ajustan mensualmente y de forma individualizada en función de dichos logros.

En definitiva, son características de dicho parámetro: (i) es un parámetro que varía mensualmente, (ii) dicho parámetro es función de variables difícilmente cuantificables tales como el grado de calidad del servicio.

Dichas características impiden, por su opacidad, garantizar el cumplimiento del criterio de racionalidad económica impuesto por esta Comisión a Telefónica en la resolución de 24 de abril de 2003.

Adicionalmente a lo anterior, es importante señalar que la aplicación de estos multiplicadores, o en su caso, divisores los habría venido aplicando Telefónica desde el inicio de la relación contractual con sus Agentes Distribuidores.

Desde este punto de vista, se puede considerar que la existencia de estos ajustes en la cuantía de la retribución de Telefónica, podría haber dado lugar a cierta fidelización de sus Agentes Distribuidores al tener la posibilidad de optar a estos multiplicadores durante un periodo de tiempo significativo.

Por tanto, Telefónica deberá establecer la retribución a sus agentes únicamente en función del ahorro de costes que estos le generen, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes, en consecuencia Telefónica no podrá aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada por cuanto que dichos parámetros no han sido aprobados previamente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos previo informe de esta Comisión.

Adicionalmente a lo anterior y de acuerdo con el Anexo II del Contrato de Distribución Comercial del Soporte de Pago, la remuneración del Distribuidor resultante se ponderará en función de los resultados de la evaluación que realice mensualmente Telefónica.

Es importante señalar las obligaciones que en la Resolución de 24 de enero de 2002 se impusieron a Telefónica ante la existencia de retribuciones en paralelo a la prestación de servicio a precios regulados:

“TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado. Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados **habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.***” (Resolución de 24 de enero de 2002, negrita propia).

En este sentido, parece evidente que la retribución contemplada en el referido contrato no responde, a una “causa existente, lícita y verdadera”, tal y como exige la Resolución antes mencionada, sino que por el contrario, “camufla” un descuento contrario a la regulación de precios de Telefónica.

Esta Comisión constató posteriormente la existencia de estas prácticas:

*“[a] este respecto, y tal y como se expondrá a continuación, **se ha podido comprobar cómo efectivamente la AOTEP y los asociados a la AOTEP recibieron de TESAU «cantidades compensatorias»** tras septiembre de 1998.[...].*

De manera similar, y retomando la cuestión referente a las condiciones tarifarias ofrecidas por TESAU a los asociados a la AOTEP, se deriva igualmente del expediente la existencia de condiciones no acordes con el régimen de regulación de precios.[...]

*Sin embargo, **la aplicación de tarifas a favor de los asociados a la AOTEP no se limitó a la subvención en el alta de líneas, sino que, como se verá, además de llegar hasta el presente se extendió a otros conceptos tarifarios**[...]*

En definitiva, los conceptos [...] a través de los que se operaban los descuentos se camuflaban (negrita y subrayado propio) [...]

La práctica de TESAU de ofrecer descuentos no autorizados parece haberse realizado con carácter sistemático desde al menos desde octubre de 1998 en el sector de la telefonía de uso público.” Resolución de 18 de julio de 2002 en el expte. OM 2001/5789.

Adicionalmente a lo anterior esta Comisión ya ha sancionado en el pasado a Telefónica por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de retribuciones paralelas en la Resolución de 24 de enero de 2002. Así, en julio de 2003 constató el incumplimiento de esta obligación al proporcionar TESAU a los revendedores de la AOTEP descuentos del 38% sobre los precios regulados en base a contratos sin causa verdadera, y como consecuencia impuso a TESAU una sanción de 8 millones de Euros (Resolución de 10 de julio de 2003 en el expediente AJ 2002/7247).

De igual modo la Resolución de 19 de septiembre de 2002 (OM 2002/6634) identificó que Telefónica no sólo discriminaba e incumplía la regulación de precios en favor de los revendedores autorizados, sino que incluso procedió a suspender el servicio telefónico a los locutorios que no contratasen los servicios del grupo de revendedores autorizados, revendedores que, obviamente garantizaban a TESAU la exclusiva de la gestión del tráfico generado por los locutorios conectados. Recordemos la identidad de los revendedores de TESAU: TTP, Cindotel, Comercial Lefer, Sol Telecom, Instant Telecom, Sistelcom y Amigophone. Estas prácticas desembocaron en una sanción de 2.8 millones de euros al Grupo Telefónica (Resolución de 30 de abril de 2003 en el expediente 2002/7101).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Queda pues claro que el Grupo Telefónica, en el pasado reciente, ofertó de forma sistemática descuentos no autorizados a un grupo de revendedores seleccionados. Más allá, el Grupo Telefónica camufló los descuentos de diversas formas, entre otras mediante retribuciones paralelas sin causa existente, lícita y verdadera.

En este sentido hay que señalar que la remuneración del Agente Distribuidor se debería establecer sobre la base del ahorro de costes en que incurriría Telefónica al externalizar los servicios prestados por aquél.

Por tanto y como ya se ha señalado con anterioridad:

- Telefónica deberá aplicar precios regulados al Distribuidor por los servicios sometidos a regulación de precios que le preste.
- Cualquier descuento adicional sobre el volumen de tráfico, que Telefónica pretenda ofrecer a sus clientes, sean estos mayoristas o minoristas, deberá ser objeto de aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión.

En conclusión, Telefónica deberá establecer la retribución a sus agentes únicamente en función del ahorro de costes que estos le generen, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes. En consecuencia, Telefónica no podrá aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada por cuanto que dichos parámetros no han sido aprobados previamente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos previo informe de esta Comisión.

En consecuencia, a partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no podrá aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada a favor de los Agentes en los contratos de distribución ni formalizar ningún contrato que incluya tal previsión.

Además, procede obligar a Telefónica a modificar los contratos de distribución que tiene formalizados con sus Agentes Distribuidores, así como el contrato-tipo para las formalizaciones futuras, fijando una retribución a favor de los Agentes que cumpla el criterio de racionalidad económica establecido por esta Comisión, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telefónica deberá modificar los Contratos ya formalizados en el plazo de diez días desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, el nuevo contrato-tipo que incluya la modificación señalada deberá remitirse a esta Comisión en el plazo de tres días a contar desde la notificación de esta Resolución.

5.4. Efecto de las conductas de Telefónica en los mercados afectados.

Como se ha justificado extensamente, para que una conducta discriminatoria como la que aquí se analiza sea considerada abusiva debe restringir la libre competencia.

En diversas ocasiones la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado sobre la comisión de abusos practicados en mercados distintos, aunque conexos, de los mercados dominados. Como se ha dicho, la vulneración de la libre competencia por parte de empresas dominantes no exige una identidad de mercados en el sentido aquí referido, ni excluye de su ámbito de alcance comportamientos ubicados en segmentos de actividad no coincidentes con aquél o aquellos controlados por la entidad autora del supuesto abuso¹⁴.

En la reciente Resolución de 30 de diciembre de 2004 en el expediente AEM 2004/1681 esta Comisión constató la existencia de una práctica consistente *“en la no repercusión del recargo a los diferentes Agentes de la cadena de valor”*. Dicha práctica *“ha constituido una conducta anticompetitiva materializada en una práctica discriminatoria al aplicar el Grupo Telefónica, a través de Telefónica de España, S.A.U. condiciones diferentes a las tarjetas emitidas por empresas de dicho grupo con respecto a las demás tarjetas presentes en el mercado emitidas por otros operadores alternativos, lo que supone no sólo un abuso de la posición de dominio que el Grupo Telefónica ostenta en el correspondiente mercado nacional de la telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público y dominio público sujeto a concesión, sino también un refuerzo de la posición de dominio que ostenta Telefónica de España, S.A.U. en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público”*.

Telefónica tiene identificado, durante el período comprendido entre los meses de Agosto a Diciembre 2004, que una media del **CONFIDENCIAL** []% del

¹⁴ Así lo ponen de manifiesto sentencias como las de 6 de marzo de 1974, Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents Corporation*, Rec. 223; de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, *CBEM*, Rec. 3261; de 3 de julio de 1991, C-62/86, *AKZO III*, Rec.I-3359; de 1 de abril de 1993, Asunto T-65/89, *BPB Industries British Gypsum c. Comisión*, Rec. II-389; y de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-333/94 P, *Tetra Pak*. La misma línea de valoración fue incorporada por el TPICE (Sala Segunda) en su sentencia de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, *Tetra Pak*, Rec. II-755. Las instancias judiciales de la UE legitiman pues la aplicabilidad de normativa comunitaria de libre competencia a escenarios donde no son coincidentes el mercado en el que una empresa disfruta de una situación de preeminencia y aquél en el que se lleva a cabo una conducta presuntamente abusiva.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tráfico de servicios con tarjeta prepago a numeraciones gratuitas asignadas a Telefónica tuvo como origen los TUPs de la red de acceso de Telefónica, en concreto, el dato para el mes de Diciembre de 2004 fue del **CONFIDENCIAL** [%].

La distribución entre los clientes mayoristas Agentes-Distribuidores de Telefónica del total de minutos que se habrían cursado, en términos medios durante el año 2004 de Servicio Telefónico Básico (STB) con tarjetas prepago, tanto desde TUPs como de teléfonos privados, habría sido la siguiente¹⁵: **CONFIDENCIAL**

La evolución durante el año 2004 del tráfico STB cursado a través de numeraciones gratuitas asignadas a Telefónica con origen en su red de acceso ha sido la siguiente: **CONFIDENCIAL**

De la Tabla superior se deduce que desde la aplicación del recargo TUP el peso significativo de TTP como cliente mayorista Agente Distribuidor del tráfico de Telefónica se ha ido reduciendo progresivamente, aunque en los últimos meses se puede observar que la tendencia ha revertido.

A pesar de la escasa importancia de la tarjeta Multidestino de TTP en el mercado (a penas acapara un [CONFIDENCIAL] del tráfico total), podemos decir que la conducta de Telefónica objeto del presente análisis realizada en el mercado de referencia definido ha tenido efectos directos en el mercado de referencia.

De la Figura 1, evolución de los ingresos del Grupo Telefónica durante el periodo comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005 se desprende que de la comercialización de tarjetas prepago multidestino el Grupo Telefónica habría visto multiplicar sus ingresos en casi **CONFIDENCIAL**, pasando de ser apenas **CONFIDENCIAL**, captando de este modo, una cuota de mercado por ingresos superior al **CONFIDENCIAL**

En efecto, la no aplicación del recargo como se puso de manifiesto en el expediente AEM 2004/1681 así como la no aplicación de la legislación tarifaria vigente habría venido a reforzar la posición de dominio que Telefónica ostenta en dicho mercado, como se desprende de la evolución seguida por las cuotas de mercado por ingresos y por minutos seguidas por los diferentes operadores en el mercado de referencia que se presentan a continuación en las siguientes Tablas y Figuras: **CONFIDENCIAL**

En este sentido, es obvio que la comercialización de tarjetas lleva asociada la elección por parte del consumidor del operador de telecomunicaciones que cursará sus comunicaciones. Es evidente que este operador puede ser

¹⁵ Según información aportada por Telefónica con fecha 28 de enero de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

diferente al operador de telecomunicaciones elegido por el propietario del terminal. La acción del Grupo Telefónica tendería **a reforzar su posición en el mercado de tráfico**, al fijar unos precios discriminatorios, a través de sus Agentes Distribuidores, haciendo que la posición de estos sea diferente a la de cualquier otro Agente Distribuidor de otros operadores, lo que supone una concentración de todo el tráfico generado en ellos para que sea cursado por la empresa del grupo que suministra el servicio de telefonía fija, esto es, Telefónica.

No obstante, y como esta Comisión ya ha puesto de manifiesto en el pasado, el efecto va más allá de la exclusión de los comercializadores de tarjetas. El efecto excluyente se extiende a los mercados mayoristas de tráfico internacional.

“En cuanto a los efectos de la Oferta [...] sobre el mercado de telefonía fija son claramente favorables al Grupo Telefónica, en concreto a TESAU, en la medida en que los clientes captados por TTP a través de su Oferta supondrán la captación de todo su tráfico en exclusivo para TESAU. De este modo se sustraen clientes al resto de operadores al suponer la Oferta de TTP la aceptación de que todas las llamadas se cursen a través de TESAU en exclusiva.

De hecho, son varios los operadores del servicio telefónico fijo disponible al público que han mostrado su preocupación con respecto a las recientes conductas de TESAU en el sector de la telefonía de uso público y, en concreto, con relación a esta Oferta de TTP, que se estaría configurando por parte del Grupo Telefónica en la única alternativa para aquellas empresas de telefonía de uso público que quieran nuevas líneas y no consideren suficientemente competitivas las tarifas de TESAU.

En lo atinente al mercado de telefonía de uso público, la Oferta de TTP también dificultará el mantenimiento o el aumento de la competencia en el mismo. En efecto, TTP asume la titularidad de las líneas con lo que a partir de ese momento dependerá de TTP el dar de alta o de baja o el solicitar en su caso cambios de titularidad futuros, en perjuicio de la empresa de telefonía de uso público que pierde así buena parte de la autonomía necesaria para la gestión de su negocio.” (Resolución de 29 de abril de 2002, expe. OM 2002/6634).

En efecto, el privilegiado régimen de precios mayoristas que Telefónica proporciona a sus clientes agrupa en un solo paquete el servicio mayorista de tráfico internacional con los servicios de acceso a través de 900 (que incluye el coste del recargo) y el uso de la plataforma. Este operador ha invertido a fin de disponer de su propia plataforma, lo que le permite reducir costes al gestionar más eficientemente las comunicaciones que sus competidores (reducción del “system time”, etc.) y gestionar la salida internacional con los mejores proveedores. No obstante, los descuentos ilegítimos del Grupo Telefónica fomentan la contratación de todos los servicios paquetizados a Telefónica, de forma que se excluye la contratación de servicios a terceros operadores, que disponen de mejores precios de salida internacional. Se repite pues el efecto monopolizador del tráfico internacional, ya identificado en el pasado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En conclusión, esta Comisión considera que las prácticas del Grupo Telefónica, realizadas a través de Telefónica, consistentes en el no cumplimiento de la legislación tarifaria vigente constituyen una conducta abusiva cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de Telefónica en el mercado conexo del servicio telefónico fijo disponible al público.

Sexto.- Sobre la incoación de un procedimiento sancionador a Telefónica de España, S.A.U.

6.1. Sobre la aplicación del recargo de modo discriminatorio entre los diferentes agentes (TTP y sus Agentes Distribuidores frente a los restantes agentes de la cadena de valor).

Telefónica, una vez aprobada la Resolución de 31 de marzo de 2004, ya tenía diseñado un concreto procedimiento para aplicar el recargo consecuencia del derecho de compensación que tenían reconocido los titulares de terminales de uso público. Esta obligación de Telefónica deviene fundamentalmente de su condición de operador de acceso, en cuya condición participa en un sistema de comunicaciones y pagos en cascada en el que intervienen los titulares de TUP's, los operadores de red inteligente y los comercializadores del servicio telefónico mediante numeración gratuita.

De este modo, siguiendo la reglas fijadas en la propia Resolución de 31 de marzo de 2004, Telefónica – en su condición de operador de acceso - está obligada a recabar de los operadores de red inteligente con los que está interconectada el importe del recargo que corresponda en cada caso para hacer entrega del mismo a los titulares de terminales de uso público que hayan ejercido su derecho.

Con anterioridad a la Resolución señalada, ya habían sido diversos los pronunciamientos que esta Comisión había emitido en relación con los principios que debían regir la aplicación del derecho de compensación a favor de los titulares de terminales de uso público por las llamadas gratuitas para el llamante que se realizan. En concreto, a los efectos del presente expediente, destacaremos el principio de no discriminación recogido en diversas Resoluciones de esta Comisión dictadas también más recientemente:

- Mediante Resolución de 22 de diciembre de 1998, esta Comisión reconoció el derecho de compensación de TTP (como titular de terminales de uso público) a compensar los costes que le ocasionaba el cumplimiento de su obligación de permitir el acceso a números 900 desde todos sus terminales. No obstante, este derecho estaba sujeto al principio de no discriminación.
- Mediante Resolución de 25 de octubre de 2001, esta Comisión estableció que el principio de no discriminación implica que:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(i) El sistema debe ser tal que **todos los titulares de servicios telefónicos** que se prestan mediante el uso de números de cobro revertido o de tarjetas prepago desde terminales de uso público propiedad del titular o explotador de los mismos **abonen la debida contraprestación por el acceso desde dichos terminales.***

*“(ii) El sistema debe ser tal que asegure que **todos los agentes compensan** con arreglo al acceso del que se benefician, **sin que unos paguen y otros se vean exentos, o unos paguen más de lo que efectivamente les corresponda**”.*

- Mediante Resolución de 5 de junio de 2003, esta Comisión reitera que el mecanismo de compensación debe respetar los principios reseñados en anteriores Resoluciones, incluido el principio de no discriminación.
- Mediante Resolución de 31 de marzo de 2004, detectada la imposibilidad de que los operadores obtuvieran un acuerdo, esta Comisión diseñó un concreto procedimiento para aplicar el derecho de compensación previamente reconocido a todos los titulares de terminales de uso público en el que se aplica el principio de no discriminación recogido en anteriores Resoluciones.
- Mediante Resolución de 28 de octubre de 2004, la CMT obligó a Telefónica a facturar el recargo a sus suscriptores de números 900/800 con carácter mensual.
- Mediante Resolución de 30 de diciembre de 2004, esta Comisión obligaba al Grupo Telefónica a no realizar ningún tipo de discriminación hacia determinadas numeraciones gratuitas, agentes distribuidores o actuaciones en caso de impagos de acuerdo con los principios definidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001, en concreto, se impedía la realización de ningún comportamiento discriminatorio en la facturación.

Todas las Resoluciones vienen a refrendar la obligación de no discriminación en acceso e interconexión a la que está sujeta Telefónica según la normativa aplicable y de las condiciones que le son exigibles en virtud de la actual habilitación que ostenta para prestar servicios de comunicaciones electrónicas.

En efecto, por una parte, debe señalarse que Telefónica es operador dominante en el mercado de redes y servicios telefónicos fijos disponibles al público, de conformidad con la Resolución de 11 de septiembre de 2003¹⁶.

Las obligaciones derivadas de ostentar tal condición se encuentran actualmente vigentes de conformidad con la Disposición Transitoria Primera, Apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que *“los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos*

¹⁶ Resolución sobre los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de redes y servicios de telefonía fija, alquiler de circuitos, telefonía móvil automática y servicios de interconexión (OM 2003/465).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”.

En su condición de operador dominante en el mercado de servicios de telefonía fija, Telefónica está sometida a los principios generales que rigen el acceso a redes o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. En concreto, el artículo 6 del Reglamento de Interconexión y acceso a redes aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión), establece que:

“1. Las condiciones de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, deberán fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación”.

Asimismo, en virtud de del apartado 2.a) de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, a Telefónica le siguen siendo exigibles las condiciones aplicables conforme a sus antiguos títulos. Así, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se transformaron los títulos habilitantes que ostentaba Telefónica para la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones incluía en su apartado 2.6 la obligación de este operador de:

“Facilitar la interconexión y el acceso a sus redes, en los términos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Interconexión y Numeración.”

Por ello, también en virtud de las obligaciones dimanantes de la actual habilitación de Telefónica para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, este operador está obligado al cumplimiento del principio de no discriminación en la interconexión y el acceso.

Pues bien, por una parte, tal y como se ha recogido en las Resoluciones de 28 de octubre y de 30 de diciembre de 2004 sobre las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante esta Comisión, con la documentación obtenida en la instrucción del expediente constató que existían fundados indicios de que Telefónica no había repercutido el recargo a todos Agentes de la cadena de valor en igualdad de condiciones.

Y, por otra parte, en virtud de la Resolución de 31 de marzo de 2004, los Acuerdos Generales de Interconexión suscritos por Telefónica con los restantes operadores han sido modificados a los efectos de incluir los procedimientos de comunicación y pagos del recargo. Asimismo, en los términos reseñados en la citada Resolución, Telefónica, en su condición de operador de acceso, debe atender las solicitudes que le realicen los titulares de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminales de uso público e iniciar los procedimientos de comunicación y pagos en cascada que se recogen en la propia Resolución.

6.2. Sobre la aplicación del sistema regulado de precios minoristas.

Por otra parte, tal y como se ha significado anteriormente, Telefónica está sujeta al modelo de regulación de precios minoristas establecido por la normativa¹⁷. Esta sujeción exige a Telefónica también aplicar estos precios minoristas regulados al Agente Distribuidor (en su condición de cliente mayorista). Tal exigencia no puede quedar desvirtuada por ningún tipo de condición o remuneración a percibir por el Agente.

Tal y como se ha señalado en anteriores Fundamentos de Derecho, de los cálculos y consideraciones realizadas anteriormente resulta evidente que los precios a los que TTP y los restantes Agentes Distribuidores han comercializado sus tarjetas son tales que ni siquiera permitiría recuperar el importe del recargo que Telefónica (matriz al 100% de TTP) está obligada a repercutirle en la medida en que lo ha repercutido a los operadores y revendedores competidores.

De ello debe deducirse que existen elementos que indicarían que Telefónica no ha repercutido en este caso dicho recargo – bien porque no lo ha cobrado bien porque aún habiéndolo cobrado sin embargo ha remunerado al Agente con retribuciones no orientadas a costes - incurriendo en la conducta anticompetitiva prohibida, en la medida en que, por el contrario, tal y como se constató en el expediente del que trae causa la presente Resolución, Telefónica sí repercute el recargo a los operadores competidores que se ven, de este modo, impedidos para competir en los mercados definidos.

6.3. Tipo infractor.

El artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.”*

¹⁷ Según resulte de su propio ámbito temporal de aplicación:

- Orden PRE/3103/2003, de 5 de noviembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2004.

- Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Igualmente, el artículo 53.v) del mismo texto legal tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento, por parte de las personas físicas o jurídicas habilitadas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público, de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación”*

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador y vistos los antecedentes, la conducta de Telefónica de España, S.A.U. que se recoge en los anteriores Fundamentos de Derecho y en los apartados anteriores de este Fundamento puede considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo 53.s) y 53.v) de la Ley 32/2003.

6.4. Sanción que pudiera corresponder.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.b) de la Ley 32/2003, las sanciones que pueden ser impuestas por la comisión de unas infracciones tipificadas en el artículo 53.s) y 53.v) del mismo texto legal son las siguientes:

Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

6.5. Órgano competente para resolver.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la Ley 32/2003, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidos por la vigente legislación.

El pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente Ley 32/2003, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá *«a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

6.6. Procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 32/2003, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

PRIMERO.- Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. debe cesar la distribución comercial y la activación técnica de la denominada Tarjeta Multidestino a partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución.

En el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. debe retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes finales.

SEGUNDO.- A partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no puede aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada a favor de los Agentes en los contratos de distribución ni formalizar ningún contrato que incluya tal previsión.

Telefónica de España, S.A.U. está obligada a modificar los contratos de distribución que tiene formalizados con sus Agentes Distribuidores, así como el contrato-tipo para las formalizaciones futuras, fijando una retribución a favor de los Agentes que cumpla el criterio de racionalidad económica establecido por esta Comisión, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes.

Telefónica de España, S.A.U. deberá modificar los Contratos ya formalizados en el plazo de diez días desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, el nuevo contrato-tipo que incluya la modificación señalada deberá remitirse a esta Comisión en el plazo de tres días a contar desde la notificación de esta Resolución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Iniciar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de dos infracciones administrativas de carácter muy grave tipificadas en el artículo 53. s) y v) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (i) por el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y (ii) por el incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación. Las citadas infracciones administrativas pueden dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones de sanciones en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución.

El expediente sancionador tendrá por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, la determinación de las responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación según lo establecido en la 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, todo ello con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

CUARTO.- Nombrar Instructor del procedimiento sancionador a D.

quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

QUINTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por 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 relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el procedimiento sancionador disponen de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la practica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento sancionador, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

SEXTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SÉPTIMO.- En el supuesto de que la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento sancionador en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

OCTAVO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

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

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

LA VICEPRESIDENTA

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Elisa Robles Fraga