



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 N° 31/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de septiembre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2005/1676** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE CONVERXIS TELECOM S.L. Y COMUNITEL GLOBAL, S.A., EN RELACIÓN CON LA COMPENSACIÓN A TERMINALES DE USO PÚBLICO EXIGIDA POR COMUNITEL A CONVERXIS.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Escrito de CONVERXIS de interposición del conflicto de acceso

Con fecha 18 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de CONVERXIS TELECOM S.L. (en adelante, CONVERXIS) por el que viene a presentar conflicto de acceso contra la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A. (en adelante, COMUNITEL) en relación con los recargos por uso de cabinas para llamadas a numeración gratuita facturados por COMUNITEL a CONVERXIS desde el 3 de febrero de 2003 al 14 de marzo de 2003, y desde el 1 de agosto de 2003 y hasta el 31 de julio de 2004.

En concreto, CONVERXIS señalaba en su escrito lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Que CONVERXIS realiza actividades de reventa del servicio telefónico y, por ello, el pasado 22 de octubre de 2002 concluyó dos contratos con COMUNITEL. En primer lugar, suscribió un contrato de prestación de servicios 90x, y cuyo objeto consistía en *“el servicio de recogida de tráfico, desde cualquier punto de la geografía nacional, a través de la red de COMUNITEL y su posterior entrega al nº geográfico que haya asignado EMPRESA”*. En segundo lugar, CONVERXIS y COMUNITEL suscribieron un contrato de interconexión para la prestación por COMUNITEL del servicio de tránsito para entrega de llamadas con destino internacional.

Que *“el contrato de prestación de servicios suscrito entre Converxis y Comunitel contenía la siguiente cláusula en relación con los recargos por acceso desde cabinas:*

“Recargos por accesos desde cabinas.

Inicialmente, no se cobrará ningún recargo por acceso desde cabinas, si bien, COMUNITEL podrá aplicar recargos en el futuro, que se consideren razonables en función de sus circunstancias comerciales, previa notificación a EMPRESA con 7 días de antelación, en cuyo caso, EMPRESA podrá darse de baja del servicio, si así lo manifiesta COMUNITEL con anterioridad a la fecha prevista para su aplicación.”

Que transcurridos tres meses desde el inicio de la prestación de los servicios, COMUNITEL comunicó a CONVERXIS su intención de introducir un recargo por el uso de terminales de uso público (TUP) para acceder a los números 900 que se haría efectivo el 3 de febrero de 2003. Posteriormente, COMUNITEL comunicó a CONVERXIS la retirada del recargo a partir del 14 de marzo de 2003. Finalmente, COMUNITEL decidió reintroducir el mismo a partir del 1 de agosto de 2003.

Que, en opinión de CONVERXIS, durante el periodo de referencia ningún otro operador de tarjetas aplicaba el mencionado recargo a los usuarios finales ni tampoco otros operadores de red inteligente a los suscriptores de su numeración, lo cual de acuerdo con este operador supone una violación del principio de no discriminación, tal y como fue establecido por esta Comisión en su Resolución de 25 de octubre de 2001 que, como se indicará más adelante, determinó los principios sobre los que debía reposar el mecanismo de compensación que fijaran los operadores.

Que *“el 31 de marzo de 2004 esa Comisión adoptó resolución fijando los precios por el uso de terminales de uso público. Esos precios resultaron efectivos, tras un oportuno periodo de transición, el 1 de agosto de 2004 (...).*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es en esa fecha cuando (...) Comunitel deja de facturar a Converxis el recargo según el modelo vigente hasta esa fecha.”

Que COMUNITEL ha venido así facturando a CONVERXIS cantidades por el uso de cabinas por el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 2003 y el 14 de marzo de 2003, y el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004.

Por otra parte, COMUNITEL considera “*que la cláusula contractual objeto de conflicto ha de interpretarse de acuerdo con la causa de la misma, que no es otra más que la posible introducción por parte de los operadores de los terminales de uso público de un recargo que sería asumido por los operadores titulares de numeración gratuita. Como consecuencia, Comunitel sólo podría dar traslado de los recargos efectivamente satisfechos por Comunitel a los titulares de teléfonos públicos. En ningún caso podría Comunitel dar traslado a este operador de cantidad [alguna] si de forma efectiva no ha satisfecho pagos por este concepto, de forma directa o indirecta, a los operadores de teléfonos públicos. Igualmente, Comunitel no podría dar traslado de cantidades superiores a los pagos por este concepto, de forma directa o indirecta, a los operadores de teléfonos públicos.*”

Como consecuencia de lo expuesto, CONVERXIS solicitaba se incoase expediente para la resolución de conflicto de acceso por el que se declarase la falta de legitimidad de los pagos facturados por COMUNITEL a CONVERXIS en concepto de recargo por el uso de cabinas entre el 3 de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2004, y se impusiera a COMUNITEL la obligación de reintegrar a CONVERXIS las cantidades satisfechas por dichos conceptos. Adicionalmente, se solicitaba que se requiriera a COMUNITEL para que acreditase la satisfacción de los pagos por el recargo TUP previsto en su Acuerdo General de Interconexión (AGI) con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, TESAU), así como que se declarase la confidencialidad de determinados documentos adjuntos a su escrito.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento y requerimiento de información a las partes

Mediante sendos escritos fechados el día 17 de enero de 2006, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se comunicó a los interesados, CONVERXIS y COMUNITEL, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, mediante los citados escritos y por ser necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas de la reclamación presentada, se requirió a ambas partes para que aportaran información adicional. En concreto, se requirió a COMUNITEL para que aportara información justificada documentalmente sobre la efectiva introducción por parte de TESAU del recargo por compensación por el uso de TUP, el importe facturado por TESAU a COMUNITEL en concepto de compensación TUP en el período objeto de conflicto, así como prueba del pago efectivo de los citados recargos.

Por otra parte, se requirió a CONVERXIS para que aportara información más detallada, y justificada documentalmente, acerca de los importes efectivamente facturados por COMUNITEL entre el 3 de febrero de 2003 y el 31 de julio de 2004, así como acreditación del pago efectivo de dichos conceptos.

TERCERO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de enero de 2006, se procedió a estimar la solicitud de confidencialidad presentada por CONVERXIS en relación con el párrafo quinto de la página 4 del escrito de 18 de noviembre de 2005 por el que viene a plantear conflicto con COMUNITEL, así como los anexos V y VI que se adjuntan al mismo, frente a COMUNITEL y terceros ajenos al procedimiento, por contener información comercial sensible.

Adicionalmente, esta Comisión decidió estimar la solicitud de confidencialidad de la información planteada por CONVERXIS en sus anexos I a III y VII a VIII frente a terceros ajenos al presente procedimiento, por contener igualmente información comercial sensible para este operador.

Esta Comisión decidió, sin embargo, no estimar la solicitud de confidencialidad para terceros en relación con el anexo IV del escrito, puesto que consistía en un folleto de publicidad que, por su propia naturaleza, ya había sido difundido públicamente.

CUARTO.- Cumplimiento del requerimiento de información efectuado a COMUNITEL y CONVERXIS

El día 14 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CONVERXIS por el que venía a contestar al requerimiento de información realizado. Por su parte, mediante escrito de entrada en el Registro de esta CMT de 17 de febrero de 2006, COMUNITEL remitió determinada documentación para dar contestación al requerimiento de información efectuado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Trámite de audiencia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, con fecha 4 de julio de 2006 se procedió a la apertura del trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

SEXTO.- Alegaciones de COMUNITEL al trámite de audiencia

Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 27 de julio de 2006, COMUNITEL realizó las siguientes alegaciones al trámite de audiencia:

A juicio de COMUNITEL, no existe ningún conflicto de acceso entre las partes que deba ser planteado ante esta Comisión puesto que en el marco de la controversia suscitada CONVERXIS actúa en su calidad de agente distribuidor o comercializador del tráfico de COMUNITEL.

COMUNITEL manifiesta su conformidad con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los servicios en relación con la idoneidad del traslado del recargo por parte de COMUNITEL a CONVERXIS, en aplicación de la previsión contenida en el contrato suscrito por ambas entidades.

En este sentido, COMUNITEL sostiene que el derecho de los titulares de TUPs de recuperar costes por las llamadas realizadas desde éstos a numeración gratuita fue reconocido ya por esta Comisión en 1998, y *“el mecanismo de compensación para garantizar a los titulares de TUPs el ejercicio de ese derecho quedaba a la libre disposición de las partes y no sujeto a una futura imposición por parte de la CMT”*.

Asimismo, COMUNITEL argumenta que durante el periodo objeto de conflicto abonó a TELEFÓNICA las cantidades facturadas en concepto de compensación TUP, por lo que repercutió legítimamente los recargos que le estaban siendo exigidos.

En relación con el importe en concepto de recargo TUP efectivamente facturado, COMUNITEL manifiesta, aportando diferente documentación justificativa, que el importe que facturó a CONVERXIS no fue superior al que a su vez estaba abonando a TELEFÓNICA sino que, por el contrario, el método



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de cuantificación empleado resultó en un recargo más beneficioso para CONVERXIS. Por tanto, COMUNITEL sostiene que, en ningún momento, ha cobrado a CONVERXIS importes superiores a los facturados por TESAU a COMUNITEL en concepto de compensación TUP.

Adicionalmente, COMUNITEL solicita se declare la confidencialidad de determinada información económica aportada como justificación de sus conclusiones en el escrito de alegaciones al trámite de audiencia.

SÉPTIMO.- Alegaciones de CONVERXIS al trámite de audiencia

Con fecha 21 de agosto de 2006 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de CONVERXIS mediante el cual venía a realizar alegaciones al trámite de audiencia.

En concreto, CONVERXIS reitera las alegaciones contenidas en su escrito de 18 de noviembre de 2005 y manifiesta su desacuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Informe de los Servicios en cuanto que se concluye que la cláusula recogida en el contrato entre CONVERXIS y COMUNITEL permitía a este último facturar la compensación TUP a CONVERXIS.

Por otra parte, en lo que respecta al importe del recargo facturado, CONVERXIS manifiesta que COMUNITEL no debía trasladarle un recargo en concepto de compensación TUP superior al reclamado a su vez a COMUNITEL por TESAU. A estos efectos, CONVERXIS solicita que esta Comisión especifique la cuantía facturada por TESAU a COMUNITEL y, como consecuencia, la cantidad que COMUNITEL tendría que restituir a CONVERXIS.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En relación con la solicitud de intervención presentada por CONVERXIS, las competencias de esta Comisión para intervenir se derivan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En concreto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3. letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

El artículo 11.4 de la LGTel establece 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 del mismo texto legal. A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que conocerá la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

COMUNITEL en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia sostiene que esta Comisión carece de competencia para dirimir el presente conflicto, dado que CONVERXIS, a pesar de estar inscrito como operador en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, actúa en el presente caso como un mero distribuidor y no en su calidad de operador.

A este respecto, cabe señalar que CONVERXIS actúa como un operador revendedor del servicio telefónico, de la forma en la que figura en el Registro de Operadores de esta Comisión. Tal y como señala en su escrito de 18 de noviembre de 2005, CONVERXIS *“no opera como un mero “switchless reseller”. Esto es, CONVERXIS no se limita a revender el servicio prestado por otro operador. Por el contrario, CONVERXIS dispone de medios propios de gestión y conmutación. Así, CONVERXIS dispone de proveedores que recogen el tráfico generado por sus clientes mediante la marcación de números de inteligencia de red (fundamentalmente números gratuitos) y lo transportan hasta la central de CONVERXIS. En la central de conmutación se gestionan las llamadas (validación del PIN, marcación del número de destino, etc.) y se ejecuta el enrutamiento adecuado para la terminación en destino de la llamada”*.

De esta forma, CONVERXIS está actuando en su calidad de operador y no como un mero agente distribuidor, puesto que, como se ha señalado, realiza actividades de gestión y enrutamiento de las llamadas, por lo que esta Comisión es competente para intervenir en el presente conflicto.

De la información aportada por las partes se desprende, a mayor abundamiento, que COMUNITEL está suscribiendo un contrato con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONVERXIS en su calidad de operador puesto que, por una parte, le exige que cuente con los títulos habilitantes necesarios para los servicios objeto del contrato, y por otra, se incluye una cláusula determinando que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será competente para la resolución de las discrepancias en cuanto a la interpretación y/o ejecución del contrato.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso planteado por CONVERXIS contra COMUNITEL en relación con el traslado del recargo por compensación por el uso de terminales de uso público para llamadas a numeración gratuita por parte de COMUNITEL a CONVERXIS, entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004.

Se trata, en primer lugar, de determinar si en el periodo de tiempo mencionado COMUNITEL podía repercutir el recargo por compensación TUP a CONVERXIS, suscriptor de su numeración gratuita y revendedor de tráfico telefónico o si, por el contrario, no podía trasladar el recargo y por ello ha de devolverle las cantidades así cobradas. El periodo temporal al que se extiende el conflicto se inicia el 3 de febrero de 2003, fecha en la que COMUNITEL comenzó a cobrar el recargo TUP a CONVERXIS hasta el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004, ya que en esta última fecha cobró efectividad el mecanismo de compensación para el recargo por el uso de terminales de uso público establecido por esta Comisión mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004.

En segundo lugar, CONVERXIS solicita que esta Comisión determine si la cantidad que se facturó en concepto de recargo TUP por COMUNITEL durante el periodo de conflicto fue adecuada.

TERCERO.- Compensación a los titulares de terminales de uso público por llamadas realizadas a numeración gratuita.

La realización de llamadas a numeración de cobro revertido automático y a determinada numeración corta desde terminales de uso público planteó inicialmente ciertos problemas puesto que, debido al carácter gratuito que debe percibir el usuario en este tipo de servicios, la puesta a disposición de un terminal de uso público para la realización de estas llamadas no tenía definida, con carácter general, la lógica y necesaria contraprestación económica. Esta situación hizo necesaria la intervención de esta Comisión para solventar la deficiencia advertida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Un sistema de compensación a aplicar por permitir la realización de llamadas a números gratuitos para el llamante desde terminales de uso público de su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

titularidad propuesto por AOTEP y TTP fue objeto de estudio en la Consulta que se contestó mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 5 de junio de 2003. En la citada Resolución, la CMT consideró que la aplicación del sistema propuesto no se adecuaba a los principios establecidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001.

Asimismo, en la citada Resolución se reiteran los siguientes criterios básicos aplicables al sistema de compensación que se establezca:

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

- Modificación de la OIR. La Resolución de 31 de marzo de 2004

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante Resolución de 31 de marzo de 2004 fijó un mecanismo de compensación que permitía retribuir a los titulares de terminales de uso público por las llamadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizadas a numeración gratuita desde estos terminales. El citado mecanismo obligaba a la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de forma tal que se incorporaban dos procedimientos, de comunicación y de pagos, que permitían la efectiva implantación y desarrollo del mecanismo (Expediente 2003/1574).

Para que las partes implicadas pudieran aplicar con la mayor premura los procedimientos aprobados en la citada Resolución, se estableció un periodo de carencia de forma que todos los operadores pudieran adecuar sus sistemas de facturación. De esta forma, la citada Resolución establecía que en el plazo de dos meses desde su aprobación las partes deberían adecuar sus sistemas de facturación para la efectiva implantación del mecanismo. Por ello, hasta el 1 de agosto de 2004 el pago por el uso de los terminales públicos no se haría efectivo.

Una vez implementado el citado mecanismo, el titular TUP interesado en el pago de la compensación lo pondría en conocimiento de su operador de acceso, quien a su vez lo comunicaría al operador asignatario de la numeración gratuita. De esta forma, la obligación inicial de compensar recaía y recae sobre el operador de red inteligente quien paga, sobre los precios de interconexión, la cantidad concreta por acceso a su número gratuito. Es decir, el procedimiento implementado como consecuencia de la modificación de la OIR fija la retribución en cascada, basada en la aplicación de un recargo sobre los precios aplicables en interconexión. Así, el operador asignatario de la numeración de red inteligente abona al operador de acceso la cuantía íntegra correspondiente a la componente de compensación y, por otra parte, el operador de acceso pagará al titular del terminal el importe íntegro de la compensación.

CUARTO.- Sobre el traslado del recargo por compensación TUP a CONVERXIS

El conflicto planteado por CONVERXIS tiene por objeto determinar si COMUNITEL trasladó adecuadamente el recargo por el uso de TUP a CONVERXIS entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004; es decir, durante el periodo anterior a la aplicación efectiva del mecanismo de compensación establecido por esta Comisión mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004, de modificación de la OIR.

CONVERXIS no cuestiona los pagos realizados en concepto de compensación TUP a partir del 1 de agosto de 2004 puesto que en ese momento empezó a cobrar efectividad el procedimiento establecido por la Resolución de 31 de marzo de 2004. Lo que se pretende determinar es si con anterioridad a dicha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fecha COMUNITEL tenía derecho a repercutir a CONVERXIS, suscriptor de su numeración gratuita, el recargo por el uso de TUP.

El contrato concluido por CONVERXIS y COMUNITEL contenía una cláusula relativa al pago del recargo por compensación TUP. Dicha cláusula establecía que inicialmente no se cobraría ningún recargo por el uso de cabinas pero en el futuro, COMUNITEL podría introducir recargos que se considerasen razonables en función de sus circunstancias comerciales, previa notificación a CONVERXIS con 7 días de antelación.

En su escrito CONVERXIS argumenta que las circunstancias comerciales requeridas por la citada cláusula no concurrían en el presente caso. Además, pone de manifiesto que cuando firmó sus acuerdos de prestación de servicios con COMUNITEL desconocía que el AGI entre TESAU y COMUNITEL ya preveía una cláusula de recargo por el uso de cabinas, por lo que *“la posibilidad de que se introdujese un recargo por el uso de cabinas no se limitaba a la posible imposición en el futuro de tal medida por esa Comisión, sino que ya había concluido un acuerdo con TESAU al respecto.”*

A este respecto, cabe señalar que según lo establecido por esta Comisión, el derecho a recibir una compensación por las llamadas a números gratuitos para el llamante desde teléfonos públicos de pago apareció ya reconocido en la Resolución de 22 de diciembre de 1998 para TTP, extendiéndose este derecho a todos los explotadores de TUP que permitiesen la realización de estas llamadas con carácter gratuito para el llamante mediante la Resolución de 25 de octubre de 2001. Esta compensación debía articularse mediante negociación entre las partes, pero fue la falta de un acuerdo satisfactorio entre las mismas la que hizo necesaria la intervención de esta Comisión para fijar un mecanismo de compensación que tuviera en cuenta los intereses de las diferentes partes que intervienen en el proceso.

En consecuencia, el derecho de los titulares de TUP a recibir una compensación por la realización de llamadas con carácter gratuito para el llamante no surge con la Resolución de 31 de marzo de 2004, sino que éste se reconoce mediante la Resolución de 22 de diciembre de 1998. Por esta razón, el hecho de que no existiera un procedimiento uniforme para efectuar los pagos del recargo TUP con anterioridad a la Resolución de 31 de marzo de 2004 no permite en modo alguno concluir que los pagos en concepto de compensación TUP realizados con anterioridad a dicha Resolución no fueran válidamente efectuados. Por el contrario, los pagos anteriores a esa fecha respondían a la obligación impuesta por esta Comisión de articular una compensación económica a los titulares de TUP mediante negociación entre las partes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, cuando CONVERXIS suscribió el contrato con COMUNITEL en el que se incluyó la cláusula sobre el recargo TUP, la posibilidad de introducir este recargo por el uso de TUP para llamadas a numeración gratuita para el llamante no sólo había sido ya reconocida, sino que se debía poner en práctica a través de la negociación entre ellos.

En el momento en el que las partes concluyeron el contrato e incluyeron la cláusula sobre el recargo TUP de referencia, estas circunstancias eran conocidas, y CONVERXIS estaba aceptando la posibilidad de que COMUNITEL trasladara un recargo en concepto de compensación TUP.

De esta forma, no cabe considerar, como argumenta CONVERXIS, que la introducción de un recargo TUP fuera algo poco previsible en aquel momento sino que, por el contrario, constituía una posibilidad real que respondía a un derecho ya reconocido por esta CMT a los explotadores de TUP de recibir una compensación por el acceso a numeración gratuita que facilitaban y por el que no recibían contraprestación económica alguna.

Adicionalmente, CONVERXIS alega que en aquel momento no fue informado de que el AGI de TESAU y COMUNITEL ya preveía la aplicación de un recargo TUP. Esta circunstancia no resulta de relevancia puesto que el hecho de reflejar el recargo TUP en el AGI responde, como se ha expuesto, al reconocimiento del derecho de los titulares de TUP de recibir una compensación por el acceso a numeración gratuita, y la obligación de los agentes del sector de negociar su aplicación práctica, hechos éstos de los que CONVERXIS sí tenía conocimiento cuando suscribió la cláusula de referencia.

Tal y como COMUNITEL informó a CONVERXIS en su correo electrónico de 27 de enero de 2003, TESAU manifestó su intención de exigir el pago de la compensación TUP, lo cual se refleja en el acta de consolidación entre TESAU y COMUNITEL del mes de noviembre de 2002.

En consecuencia, esta Comisión considera que desde el momento a partir del cual la compensación TUP comienza a serle exigida por TESAU, COMUNITEL podía repercutir válidamente el recargo a CONVERXIS en aplicación de la cláusula contractual sobre el recargo TUP. En razón de los hechos del presente conflicto, no se ha identificado ninguna circunstancia que impidiera la aplicación de la cláusula contractual suscrita por ambos operadores.

Por otra parte, CONVERXIS añade que el traslado del recargo por parte de COMUNITEL en el periodo objeto de conflicto vulnera el principio de no discriminación establecido en la Resolución de esta Comisión de 25 de octubre de 2001, ya que en aquel momento no a todos los suscriptores de numeración gratuita se les repercutía el recargo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta Comisión estima, por el contrario, que el principio de no discriminación no puede ser interpretado, como pretende CONVERXIS, de tal forma que éste requiriera que todos los suscriptores de numeración gratuita hubieran comenzado a abonar el recargo en el mismo momento. Esto es así puesto que, de acuerdo con los principios reconocidos en la Resolución de 5 de junio de 2003, *“la obligación inicial de compensar recaerá sobre el operador de red inteligente, quien discrecionalmente podrá repercutir tal cantidad en los precios que cobre al suscriptor de números de cobro revertido”*.

En este sentido, tal y como señala COMUNITEL en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, dicha interpretación supondría penalizar a los operadores que, en cumplimiento de su obligación de negociar una compensación para los titulares de TUP, habían alcanzado un acuerdo al efecto.

Por tanto, no puede entenderse que todos los suscriptores de numeración gratuita debían comenzar a abonar el recargo simultáneamente, puesto que las diversas Resoluciones que han regulado el mecanismo de compensación han determinado que el operador obligado al pago del recargo es el operador de red inteligente, y éste puede, discrecionalmente, repercutir este recargo en los suscriptores de numeración gratuita.

En último lugar, CONVERXIS solicita que esta Comisión requiera a COMUNITEL la acreditación del pago efectivo del recargo a TESAU y ello para concluir si COMUNITEL tenía o no la facultad de trasladar a su vez el recargo a CONVERXIS.

En virtud del principio de transparencia reconocido en las diversas Resoluciones de esta CMT en materia de compensación TUP, COMUNITEL tenía la obligación de facilitar a CONVERXIS la información justificativa de los importes exigidos en concepto de compensación TUP, con objeto de comenzar a repercutir dichos recargos. A tal efecto, COMUNITEL informó a CONVERXIS del momento a partir del cual TESAU comenzó a exigirle el pago del recargo, y comunicó asimismo el importe que iba a facturar a CONVERXIS en concepto de recargo TUP.

Una vez comunicadas estas circunstancias, CONVERXIS debía abonar a COMUNITEL el importe de la compensación TUP en función de los minutos realizados a los números de los que era suscriptor desde terminales de uso público, en cumplimiento de la cláusula contenida en el contrato. CONVERXIS no puede hacer depender la realización de los pagos de la acreditación por parte de COMUNITEL del pago efectivo de estos importes a TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, y tal y como se confirmó con posterioridad en la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2004, los pagos han de realizarse sin vinculación entre sí, y no se debe hacer depender la realización de ningún pago de la acreditación efectiva del abono de la compensación TUP por otros operadores intervinientes en la cadena de pagos. En el presente caso, la obligación de abonar el recargo frente a TESAU recaía en COMUNITEL, quien decidió trasladar a su vez este importe a CONVERXIS. De esta forma, el momento real en el que COMUNITEL efectúa el pago del recargo a TESAU no es determinante, puesto que en aplicación de su AGI TESAU podría exigir a COMUNITEL el pago del recargo en el caso de que éste no cumpliera con su obligación.

En atención a lo expuesto, cabe concluir que la cláusula sobre el recargo de cabinas contenida en el contrato suscrito por las partes en el presente conflicto fue válidamente aplicada, según el derecho de los titulares de TUP de recibir la compensación por las llamadas realizadas a números gratuitos para el llamante. De acuerdo con la citada cláusula, COMUNITEL podía trasladar a CONVERXIS el recargo por compensación TUP y por ello CONVERXIS estaba obligada a abonar una compensación por el uso de terminales de uso público entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004.

QUINTO.- Sobre el importe efectivamente facturado en concepto de recargo por compensación por el uso de terminales de uso público

La segunda cuestión a determinar en el presente conflicto se refiere al importe efectivamente aplicado por COMUNITEL a CONVERXIS en concepto de compensación TUP entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004.

CONVERXIS alega en su escrito de 18 de noviembre que COMUNITEL le facturó en el periodo comprendido entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003, y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004, una cantidad en concepto de recargo por compensación TUP superior a la cantidad efectivamente satisfecha por COMUNITEL a TESAU.

En efecto, de la información aportada por ambas partes se desprende que el método de cálculo para el importe del recargo TUP fue diferente; éste consistía en la aplicación de un porcentaje para calcular los minutos en los que COMUNITEL debía abonar el recargo a TESAU y, por el contrario, en la aplicación de este mismo importe fijo por minuto a los minutos efectivamente realizados desde cabinas, para el recargo que COMUNITEL aplicaba a CONVERXIS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Más concretamente, una vez que TESAU comenzó a exigirle el abono del mencionado recargo TUP, COMUNITEL decidió facturar a CONVERXIS, en aplicación de su cláusula contractual, un recargo aplicable a los minutos que efectivamente tuvieran su origen en terminales de uso público. Este recargo se fijó en un precio por minuto de 0,02356 euros en horario normal y 0,014094 euros en horario reducido.

La finalidad que perseguía el establecimiento de la compensación TUP era asegurar que los explotadores de terminales de uso público recibieran una compensación económica por el acceso que permitían para los números gratuitos para el llamante y por el que no recibían contraprestación económica alguna. Con este objetivo se estableció la obligación de abonar un recargo por las llamadas realizadas a números gratuitos desde terminales de uso público.

Para ello, como se ha mencionado previamente, en el periodo objeto de conflicto la compensación debía articularse mediante la negociación entre los distintos operadores afectados.

Si bien es cierto que el método de cálculo empleado entre TESAU y COMUNITEL por una parte, y entre COMUNITEL y CONVERXIS, por otra, fue diferente, y puesto que en el periodo objeto de conflicto no existía un procedimiento uniforme para la compensación TUP, no parece desproporcionado el establecimiento de un precio fijo por minuto de estas características por parte de COMUNITEL a CONVERXIS.

Y ello porque, en primer lugar, el precio fijado es significativamente inferior al que se estableció posteriormente por esta Comisión mediante la Resolución de 31 de marzo de 2004¹; en segundo lugar, este precio fue el mismo que aplicaba por minuto TESAU a COMUNITEL y, en último lugar, parece razonable por motivos de eficiencia y de gestión que COMUNITEL facturase un importe fijo a los minutos efectivamente originados en terminales de uso público. Es más, el establecimiento de un recargo por los minutos efectivamente originados desde TUP se considera proporcionado al acceso a numeración gratuita para el llamante desde terminales de uso público del que CONVERXIS se estaba beneficiando.

De las facturas aportadas se desprende, en efecto, que se produjo un ligero desequilibrio económico entre los pagos efectivamente realizados por CONVERXIS en primer lugar, y por COMUNITEL a TESAU en segundo lugar,

¹ En la citada Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante, el precio de la compensación TUP quedó fijado en un precio por minuto de 0.0479 euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debido a la aplicación de los distintos mecanismos de cálculo. Sin embargo se debe resaltar que en ciertos meses el desequilibrio redundó en beneficio de CONVERXIS y en otras ocasiones, en su perjuicio.

En conclusión, dado que en aquel momento no existía un mecanismo uniforme para fijar la compensación TUP sino que los distintos operadores debían ponerla en práctica a través de la negociación, y que el importe efectivamente facturado por COMUNITEL a CONVERXIS se considera proporcionado al acceso desde TUP realizado por CONVERXIS, esta Comisión considera que el importe abonado por CONVERXIS en concepto de compensación TUP fue adecuado.

Por cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que, de acuerdo con el contrato vigente entre CONVERXIS Y COMUNITEL, CONVERXIS estaba obligada a abonar una compensación por el uso de terminales de uso público entre el 3 de febrero y el 14 de marzo de 2003 y entre el 1 de agosto de 2003 y el 31 de julio de 2004.

SEGUNDO.- El importe en concepto de compensación TUP facturado por COMUNITEL y abonado por CONVERXIS en el periodo objeto de conflicto fue adecuado, tal y como se expone en el Fundamento de Derecho quinto.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Jaime Almenar Belenguer.

Reinaldo Rodríguez Illera.