



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 nº 18/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de mayo de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente **RO 2004/1844**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2004/1844 INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 31 DE MARZO DE 2005.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre de 1998 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa al expediente sobre la supresión, por parte de Cabinas Telefónicas, S.A. (en la actualidad, Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U.), del acceso a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. El ejercicio de este derecho estaba sujeto al cumplimiento del principio de no discriminación.

Mediante Resolución de 25 de octubre de 2001 relativa a la solicitud de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (en adelante, TTP) 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:

“Único.- 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 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 TTP 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 reiteró 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 procedimiento concreto para aplicar el derecho de compensación previamente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reconocido a todos los titulares de terminales de uso público en el que se aplica el principio de no discriminación recogido en las anteriores Resoluciones.

Este procedimiento se enmarca dentro de una modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) y de los Acuerdos Generales de Interconexión suscritos por TESAU y los operadores con los que está interconectada. De esta manera, dicho procedimiento resulta aplicable para TESAU y los restantes operadores según las reglas establecidas en la propia Resolución.

Esta Resolución otorgaba un plazo de dos meses desde su aprobación para que TESAU y los operadores cuyo título les habilitase para la prestación del servicio telefónico disponible al público adecuasen sus sistemas de facturación para que fuese posible compensar a los titulares de terminales que así lo solicitasen. Asimismo, establecía una serie de plazos necesarios para que los operadores involucrados tuviesen conocimiento de la información correspondiente a los terminales de uso público de los titulares que hubieran solicitado recibir la compensación por el uso de terminales. En definitiva, este mecanismo de compensación entró en funcionamiento efectivo con fecha 1 de agosto de 2004.

Mediante Resolución de 28 de octubre de 2004 dictada en el marco del expediente AEM 2004/1681, esta Comisión adoptó medidas 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. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, adoptada en el marco del expediente AEM 2004/1681, 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 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 medidas 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.- En virtud de lo establecido en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y como consecuencia de las denuncias realizadas por varios operadores, con fecha 2 de diciembre de 2004 (*Documento 2*) se acordó la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

La apertura del período de información previa fue debidamente notificada a la entidad denunciada.

TERCERO.- Mediante Resolución de 31 de marzo de 2005, el Consejo de la Comisión acordó iniciar expediente sancionador contra TESAU por el presunto incumplimiento de la obligación de no discriminación en el cobro del recargo consecuencia del derecho de compensación por el uso de sus terminales para la realización de llamadas gratuitas para el llamante (*Documento 47*). En concreto, en el Resuelve Tercero de la mencionada Resolución se establece:

“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.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 el artículo 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. El acuerdo de inicio fue notificado a TESAU con fecha 13 de abril de 2005 (*Documento 50*).

Asimismo, el citado acuerdo de iniciación fue comunicado al Instructor (*Documento 49*) en fecha 14 de abril de 2005, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

QUINTO. Mediante escrito del Instructor de fecha 13 de abril de 2005 se solicitó a la Directora de Análisis Económico y Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la incorporación de los documentos que obraban en el expediente AEM 2004/1681 (*Documento 51*). Mediante escrito de 15 de abril de 2005 la Directora de Análisis Económico y Mercados remitió copia de los documentos solicitados (*Documento 52*).

SEXTO.- Mediante escrito del Instructor de fecha 13 de abril de 2005 se solicitó a la Directora de Análisis Económico y Mercados de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la incorporación de los documentos que obraban en el expediente AEM 2004/1491 (*Documento 53*). Mediante escrito de 15 de abril de 2005 la Directora de Análisis Económico y Mercados remitió copia de los documentos solicitados (*Documento 54*).

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de abril de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de MORE MINUTES COMMUNICATIONS, S.L. (*Documento 55*).

OCTAVO.- Con fecha 22 de abril de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TRAFFIC ADMINISTRATION, S.L. por el que solicita que se le tenga como parte interesada en el expediente sancionador incoado contra TESAU (*Documento 56*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Con fecha 28 de abril de 2005, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 a) de la LRJPAC, TESAU toma vista y recibe fotocopia de la documentación obrante en el expediente de referencia (*Documento 57*).

DÉCIMO.- Mediante escrito del Instructor de fecha 28 de abril de 2005 se comunica a TRAFFIC ADMINISTRATION, S.L. que no se le tiene como parte interesada en el procedimiento de referencia por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC (*Documento 58*).

UNDÉCIMO.- Con fecha 4 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITY CALL TELECOMUNICACIONES, S.L. por el que solicita que se le tenga como parte interesada en el expediente sancionador incoado contra TESAU (*Documento 59*).

DÉCIMOSEGUNDO.- Con fecha 9 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de MCI WorldCom (Spain), S.A. por el que solicita que se le tenga como parte interesada en el expediente sancionador incoado contra TESAU (*Documento 60*).

DECIMOTERCERO.- Con fecha 9 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. por el que solicita que se le tenga como parte interesada en el expediente incoado contra TESAU (*Documento 61*).

DECIMOCUARTO.- Con fecha 10 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de COMUNITEL GLOBAL, S.A. se le tenga como parte interesada en el expediente incoado contra TESAU (*Documento 62*).

DCIMOQUINTO.- Con fecha 13 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TESAU (*Documento 63*), respecto del acuerdo de inicio previamente notificado.

En el citado escrito, TESAU vino a alegar lo siguiente:

- Que TESAU ha venido aplicando el recargo por compensación a sus Agentes Distribuidores desde el momento de la implementación del mismo por esta Comisión.

TESAU señala que, tras la Resolución de esta Comisión de 5 de junio de 2003, "*comunicó de forma inequívoca a sus Agentes Distribuidores su intención expresa de repercutirles el recargo por compensación TUP. Así se les hizo saber mediante una primera circular informativa [...] enviada en el mes de octubre de 2003, en la que aún no se hacía referencia al importe concreto del recargo*". Para acreditar este hecho aporta copia de una circular informativa enviada en el mes de octubre de 2003 a sus Agentes Distribuidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según TESAU, una vez establecido el procedimiento para hacer efectivo el recargo en la Resolución de 31 de marzo de 2004, procedió a remitir a sus Agentes Distribuidores una nueva circular en la que manifestaba su intención de cobrar el recargo así como el importe del mismo (aporta copia de la circular informativa enviada en el mes de junio de 2004). Asimismo, señala que *“los Agentes Distribuidores asumieron expresamente su obligación de pago del recargo desde el momento en que se les informó del importe del mismo, procediendo a comunicar a mi representada las numeraciones 900/800 de las que eran suscriptores, para que pudiera integrarlas en el nuevo proceso de facturación implantado en los términos previstos en la Resolución de 31 de marzo de 2004”*. TESAU aporta copia de las contestaciones recibidas de los Agentes Distribuidores.

En definitiva, según TESAU *“hizo saber a sus Agentes Distribuidores que este recargo les sería repercutido, y ello, a pesar de que gozaba de discrecionalidad para realizar o no esa repercusión, tal y como habían reconocido expresamente tanto la Resolución de 5 de junio de 2003 como la posterior de fecha 31 de marzo de 2004”*.

Asimismo, señala que tras la Resolución de 28 de octubre de 2004, TESAU tenía un *“derecho a cobrar, mientras que, a partir de esta Resolución, este derecho se transforma en una extraña suerte de obligación cuyo incumplimiento, sin embargo, depende de la voluntad de pago de un tercero, el suscriptor de la numeración gratuita. Con ello queremos decir que difícilmente se nos puede imputar una presunta infracción por no cobrar un recargo cuando el pago del mismo depende de un tercero. Telefónica de España siempre ha realizado sus mayores esfuerzos, y así ha demostrado, para cobrar el recargo”*.

Por otra parte, señala que ha cumplido con la obligación de remitir la documentación acreditativa del cobro del recargo a sus Agentes Distribuidores impuesta por las Resoluciones de 28 de octubre de 2004 y 30 de diciembre de 2004. Así, señala que *“a fecha de la Resolución de 30 de diciembre de 2004, el cobro efectivo de un 68% del importe total facturado y que, como tal debían haber satisfecho los Agentes Distribuidores”*.

- Que TESAU no ha discriminado en la aplicación del recargo por compensación a sus Agentes Distribuidores reconocido por esta Comisión.

TESAU señala que *“no puede imputarse a mi representada actuación discriminatoria alguna sustentada en un pretendido trato diferenciado entre los operadores interconectados y los Agentes Distribuidores pues, tanto unos como otros se han visto obligados a pagar el recargo, habiendo hecho Telefónica de España todo lo que estaba en su mano para lograr el cobro efectivo del mismo”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, señala que *“las prestaciones de los suscriptores de los números 900/800 y las de los operadores en interconexión no se pueden considerar equivalentes. Para poder imputar una práctica de discriminación hacia los operadores interconectados la comparación habría de hacerse entre éstos y Telefónica de España, en cuanto asignatario de numeración 900/800 [...] y nunca entre los operadores y los Agentes Distribuidores. [...] En definitiva y a pesar de que [...] la CMT ha privado a Telefónica de España de esa discrecionalidad inicialmente reconocida para aplicar o no el recargo, lo cierto es que no cabe hablar de discriminación alguna, pues la situación de los operadores y la de los mayoristas de tarjetas sigue sin ser la misma (razón del distinto servicio que se les presta); y porque Telefónica de España no ha llevado a cabo ningún tipo de actuación relacionada con una presunta diferenciación injustificada en el trato pues, como ha quedado acreditado, Telefónica de España ha venido aplicando el recargo por compensación TUP a sus Agentes Distribuidores desde el mes de junio de 2004, habiendo asumido éstos su obligación de pago con anterioridad a esta fecha, una vez se le comunicó el importe exacto en que había quedado fijado el recargo”*.

- Que el contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago es un contrato con una causa real y lícita que no encubre descuento alguno.

TESAU considera que no se puede concluir que el Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago *“constituya un supuesto de discriminación anticompetitiva con el objetivo de “camuflar” un descuento contrario a la regulación de precios de Telefónica”*. Así, TESAU señala que el Contrato tiene por objeto un arrendamiento de servicios pactado libremente entre las partes, ya que responde a una causa existente, lícita y verdadera, y que *“del objeto del contrato es evidente que Telefónica de España está subcontratando unos servicios que no realiza por sí misma dado que no dispone ni de los recursos ni del conocimiento que demanda el mercado para acometer esas funciones de forma eficiente”*.

Asimismo, señala que el contrato se ha ofrecido a todos aquellos potenciales Agentes Distribuidores que lo han solicitado, por lo que *“si algún mayorista de tarjetas no recibe a día de hoy un servicio idéntico al que Telefónica de España presta a sus Agentes Distribuidores es por su propia decisión, sin que quepa atribuir a esta parte responsabilidad alguna por ese hecho, sin que exista trato diferenciado injustificado”*.

Además, según TESAU con dicho Contrato no se pretende fidelizar a los Agentes Distribuidores pues *“tiene nulo efecto en la matriz decisional de los Agentes Distribuidores a la hora de optar por aprovisionarse en minutos de tráfico internacional en los diferentes proveedores del mercado”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la Cláusula Cuarta del Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago y, en concreto, con los parámetros económicos de ponderación y su forma de aplicación, TESAU señala que *“son en realidad palancas de ahorro para Telefónica de España en su negocio de venta de tráfico para tarjetas; y a pesar de las manifestaciones de esta CMT, ni son difícilmente cuantificables, ni son criterios opacos. Además, el hecho de que sean individualizables no tienen por qué significar que sean anticompetitivos, puesto que esa diferenciación permite evitar situaciones discriminatorias y pagar menos a quien menos ahorra a Telefónica de España”*.

TESAU alega que *“no supone un práctica de subvenciones cruzadas”*. Para TESAU *“no cabe identificar supuesto alguno de subvenciones cruzadas desde el momento que todas las relaciones comerciales de Telefónica de España con TTP están soportadas contractualmente cuyas características y contraprestaciones responden a criterios de mercado. [...] Así es desde el momento que todo flujo económico entre mi representada y TTP se corresponde con la prestación efectiva de servicios a precios acordes con su naturaleza, en idénticas condiciones que para cualquier otro operador que así lo solicitara, y ajustándose su contenido a los parámetros que rigen el mercado. Con los hechos puestos de relieve en el presente expediente no se deduce que Telefónica de España esté asumiendo todos o parte de los costes de la actividad que realiza TTP al comercializar sus servicios de edición de tarjetas, ni que le esté proporcionando recursos a precios inferiores a los de mercado con el fin de mejorar artificialmente su posición competitiva”*.

TESAU señala que su actividad se ajusta y respeta las Resoluciones de esta Comisión de 24 de enero de 2002¹ y 24 de abril de 2003², ya que el Contrato de Distribución *“a) se pacta en concepto de una labor realmente realizada por el Agente Distribuidor respecto de la que mi representada no ha tenido que asumir directamente; b) se mantiene desvinculada del tráfico telefónico que los Agentes Distribuidores (en su vertiente de clientes mayoristas) podrían estar consumiendo; c) se factura específicamente, sin que medie compensación con otras relaciones contractuales que pueda mantener Telefónica de España con el Agente”*.

Según TESAU *“no se genera desventaja competitiva a los mayoristas de tarjetas que no tienen firmado el Contrato”* ya que *“los mayoristas de tarjetas que utilizan numeración gratuita pueden configurar su negocio libremente y trasladar o no, a su vez, los recargos a los clientes finales, así como realizar las promociones que consideren oportunas. TESAU no puede ser considerada responsable de cómo actúan en el mercado, ni del tipo de margen comercial que deciden asumir, empresas ajenas a su unidad económica por mucho que se les autorice la*

¹ Resolución de 24 de enero de 2004 sobre control de precios aplicados por Telefónica de España, S.A.U. a la operadora VIC TELEPHONE, S.A.

² Resolución de 24 de abril de 2003 relativa al control de suministrador homologado presentado por Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

posibilidad de utilizar el logotipo Agente Distribuidor de mi representada". Asimismo, señala TESAU que su actuación "consistente en el pago a sus Agentes Distribuidores de la retribución acordada en el marco del Contrato supone un ejercicio de su derecho legítimo a actuar en términos de eficiencia económica, disfruta de la adecuada justificación objetiva y no se ha acreditado que genere una desventaja competitiva frente al resto de mayoristas de tarjetas".

- Que TESAU ha cumplido rigurosamente con el marco regulatorio de precios vigente.

Según TESAU, de la documentación aportada a esta Comisión, consistente en facturas emitidas a sus clientes suscriptores de numeración gratuita que hubieran generado el derecho a recargo, en las que se recoge no sólo el concepto relativo al recargo, sino también el número de minutos de tráfico generado que han originado el derecho a cobro del recargo por el titular del TUP, así como en los justificantes de los ingresos realizados en concepto de recargos por los clientes suscriptores de numeración gratuita que hayan hecho efectivo el cobro del recargo generado, no se puede sino concluir que no existen descuentos, ni rappels, ni comisiones, en relación con el recargo que nos ocupa. Por tanto, TESAU manifiesta que *"resulta acreditado que Telefónica de España ha cumplido en todo momento con el marco normativo vigente, ha aplicado a sus distribuidores el régimen de regulación de precios vigente – precios BOE- con los descuentos aplicables a la telefonía de uso público, previstos en el programa Masterbono Proveedores, cumpliendo también las obligaciones impuestas por esa CMT mediante resoluciones de fecha 28 de octubre y 30 de diciembre de 2004, relativas a la emisión y cobro a los suscriptores de sus números gratuitos o números cortos con origen en teléfonos de uso público, de las correspondientes facturas"*.

- Que, a diferencia de lo establecido por esta Comisión, no considera que los mercados afectados sean el de telefonía de uso público prestado en dominio privado, en dominio público y en dominio público sujeto a concesión y el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público fijo.

Así, según TESAU *"el único mercado que podría verse afectado por las conductas de mi representada a los efectos de poder ubicar un hipotético beneficio anticompetitivo, es el mercado de la prestación del servicio de telefonía de uso público a destinos internacionales mediante tarjetas prepago. Este es un mercado a nivel minorista distinto de la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público tradicional"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, TESAU añade que en cualquier caso el mercado afectado por las presuntas conductas denunciadas es *“un mercado altamente competitivo en el que la presencia del Grupo Telefónica a través de TTP era testimonial; y además el segmento del mismo particularmente afectado –cuando los accesos se realizan desde terminales públicos- sólo representa cada vez más una parte minoritaria del mismo y lo que hace que la presencia del Grupo Telefónica se vea incluso más limitada (y al día de hoy prácticamente anulada)”*.

- Que no existe comportamiento típico antijurídico.

TESAU entiende que los tipos imputados en la Resolución de 31 de marzo de 2005, infracción del artículo 53 v) y s) de la LGTel, no se corresponden con la conducta reprochada a lo largo de toda la Resolución y, en consecuencia, se estaría vulnerando el principio de tipicidad recogido en el artículo 129 de la LRJPAC y los artículos 9.3 y 25 de la CE.

Para TESAU el incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso e interconexión impuestas por la legislación vigente se refieren al incumplimiento de obligaciones impuestas normativamente y, en consecuencia, dichas conductas infractoras exigen la existencia de una previa obligación normativa concreta. En relación con el acceso, TESAU señala que *“la LGT establece una obligación genérica de proveerlo, pero no obligaciones concretas al respecto, aunque si prevé la posibilidad de imponerlas, de modo que una vez impuestas normativamente, su incumplimiento constituiría la conducta infractora tipificada en el artículo 53.v). En lo que a la interconexión se refiere la LGT establece algunas obligaciones concretas (negociar la interconexión, mantener una oferta de interconexión de referencia), cuyo incumplimiento constituiría la infracción prevista en el artículo 53 v) de la LGT, y entre las que no se encuentra la obligación de no discriminar, ciertamente en base a dicho principio u obligación genérica se podrían crear obligaciones concretas (véase artículo 11.5 LGT), cuyo incumplimiento, si hubieran sido creadas vía normativa, nos situaría en la referida infracción, y si hubieran sido creadas vía resolución administrativa, nos podría situar en el tipo previsto al respecto en la LGT, es decir, en el artículo 53. r), en el que tampoco incurriría mi mandante que tal y como hemos visto en antecedentes fácticos ha cumplido puntualmente todas las Resoluciones dictadas por esa CMT, al hilo del asunto que nos ocupa”*.

En cuanto al incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, se trata, según TESAU, *“de un precepto genérico, que remite al incumplimiento de las condiciones previstas en el capítulo I Título II de la LGT, entre las que no se encuentra el comportamiento de mi mandante. No obstante lo anterior, y de modo subsidiario, señalar que en esta última infracción, la gravedad*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y la reiteración constituyen elementos esenciales del tipo, sin cuya concurrencia nos “quedaríamos” fuera del mismo”.

- Que TESAU no ha incumplido del marco regulatorio de precios.

TESAU señala en su escrito de alegaciones que si bien TTP es una empresa del Grupo Telefónica, se trata de una sociedad distinta, con personalidad jurídica diferente, y con diferentes derechos y obligaciones, entre los que no se encuentra la sujeción al régimen de regulación de precios. Dicho régimen regulador de precios vincula única y exclusivamente a TESAU, que ha cumplido en todo momento con sus obligaciones *“aplicar precios regulados al distribuidor por los servicios sometidos a regulación de precios que le preste y de presentar, en su caso, para su aprobación por la Comisión Delgada del Gobierno para Asuntos Económicos, cualquier descuento adicional que pretendiera ofrecer a sus clientes, ya sean estos mayoristas o minoristas”.*

- Que TESAU no ha vulnerado el principio de no discriminación.

TESAU señala que desde junio de 2004 ha repercutido el recargo por compensación tanto a todos sus clientes suscriptores como a los operadores interconectados, y, además, señala que *“en relación a la diferencia de trato entre operadores interconectados y agentes distribuidores [...] resulta imposible imputar una práctica discriminatoria entre ambas categorías de entidades, ya que ni sus prestaciones, ni su naturaleza jurídica, ni su posición en el mercado son iguales, ni siquiera similares”.*

DECIMOSEXTO.- Mediante escrito del Instructor de 13 de mayo de 2005 se comunica a MCI WorldCom (Spain), S.A. que no se le tiene como parte interesada en el procedimiento de referencia por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC (*Documento 64*).

DECIMOSEPTIMO.- Mediante escrito del Instructor de 13 de mayo de 2005 se comunica a CITY CALL TELECOMUNICACIONES, S.L. que no se le tiene como parte interesada en el procedimiento de referencia por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC (*Documento 65*).

DECIMOCTAVO.- Mediante escrito del Instructor de 19 de mayo de 2005 se comunica a TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L. que no se le tiene como parte interesada en el procedimiento de referencia por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC (*Documento 66*).

DECIMONOVENO.- Mediante escrito del Instructor de 13 de mayo de 2005 se comunica a COMUNITEL GLOBAL, S.A. que no se le tiene como parte



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesada en el procedimiento de referencia por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC (*Documento 67*).

VIGÉSIMO.- Con fecha 1 de junio de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITY CALL TELECOMUNICACIONES, S.L. (*Documento 68*).

VIGÉSIMO PRIMERO.- Mediante Resolución de 15 de diciembre de 2005 el Consejo de la Comisión acordó sustituir al Instructor inicialmente designado (*Documento 69*).

El Acuerdo de cambio de Instructor fue notificado a TESAU con fecha 30 de diciembre de 2005 (*Documento 70*). Asimismo, dicho Acuerdo fue notificado al Instructor (*Documento 71*) con fecha 22 de diciembre de 2005, con traslado de las actuaciones existentes al respecto.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Con fecha 7 de febrero de 2006, el instructor del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (*Documento 72*). Dicha propuesta de resolución fue notificada a TESAU mediante escrito del instructor de fecha 7 de febrero de 2006, recibida por la citada entidad el día 8 de febrero de 2006 (*Documento 73*).

VIGÉSIMO TERCERO.- Con fecha 13 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución mencionada presentado por TESAU (*Documento 74*). En dicho escrito TESAU se reitera en su escrito de alegaciones de fecha 13 de mayo de 2005 solicitando que se tenga íntegramente por reproducido.

VIGÉSIMO CUARTO.- Con fecha 16 marzo de 2006, el Instructor del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por TESAU (*Documento 75*).

VIGÉSIMO QUINTO.- Con fecha 23 de marzo de 2006 el Consejo de la Comisión aprobó una Resolución por la que se ampliaba en tres meses el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento sancionador con referencia RO 2004/1844, iniciado en fecha 31 de marzo de 2005. Dicha Resolución, con fecha de registro de salida de esta Comisión el 31 de marzo de 2006, fue notificada a TESAU con fecha 3 de abril de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para resolver sobre el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58 a) 1º de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel) en relación con lo dispuesto en los artículo 44.2 de la LRJPAC. De conformidad con el citado artículo 58, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora y cuantos actos hubieran de dictarse en relación con dicha competencia, en los supuestos de de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, en los de infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en los del párrafo q) del artículo 54.

Segundo.- Sobre la caducidad del procedimiento sancionador de referencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 *in fine* de la LGTel, “*el ejercicio de la potestad sancionadora se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. 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*”.

Toda vez que el procedimiento de referencia fue iniciado el día 31 de marzo de 2005 y que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver sin que haya sido dictada Resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LRJPAC. El citado artículo establece lo siguiente:

*“En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:
(...)”*

2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este mismo sentido, aunque en relación a la anterior redacción de la LRJPAC y, por tanto, debiendo ser interpretado a la vista de la redacción vigente de la Ley, el artículo 20.6, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora que establece:

“Si no hubiese recaído resolución transcurrido seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículo 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común.

Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha producido el archivo de las actuaciones”.

En definitiva, de conformidad con la normativa aplicable y, no habiendo sido dictada la Resolución por la que se debía haber puesto fin al procedimiento sancionador de referencia, procede declararlo caducado y ordenar el archivo de sus actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 de la LRJPAC.

Por todo cuanto antecede, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Único.- Declarar caducado el procedimiento sancionador RO 2004/1844 al no haberse dictado resolución en el plazo legalmente establecido, ordenando asimismo el archivo de las actuaciones practicadas, con los efectos previstos en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº

LA VICEPRESIDENTA

Jaime Almenar Belenguer

Elisa Robles Fraga