



## 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 06/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de febrero de 2006, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2006/162, se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE PRECIOS Y DE LA RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2005 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 RO2006/162)**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de marzo de 2005, el Consejo de esta Comisión dictó 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.

Entre otros, dicha Resolución establece lo siguiente:

***“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.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de enero de 2006, esta Comisión aprobó Resolución en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, "TESAU"). Entre otros, dicha Resolución concluye lo siguiente:

**"Primero.-** Los Agentes Distribuidores de las tarjetas prepago objeto de este expediente son verdaderos revendedores o clientes mayoristas de Telefónica de España, S.A.U. . Por ello, Telefónica de España, S.A.U. no podrá retribuir a sus Agentes Distribuidores tal y como propone en la Cláusula Cuarta de su contrato de Distribución de Soportes de Pago, en su versión de 14 de abril [CONFIDENCIAL], y aún menos en su nueva versión de 2 de noviembre de 2005 [CONFIDENCIAL] en concepto de ahorro de costes como distribuidores.

**Segundo.-** Telefónica de España, S.A.U ha incumplido su obligación de aplicar precios regulados a sus clientes mayoristas, al aplicar descuentos adicionales a los aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de forma encubierta.

**Tercero.-** Las prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U consistentes en la aplicación de descuentos encubiertos discriminatorios no justificados a sus clientes mayoristas para la comercialización de tarjetas prepago, apalancándose en la posición de dominio del grupo Telefónica con respecto al mercado de telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público, y dominio público sujeto a concesión,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*constituyen una conducta abusiva prohibida cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de Telefónica de España, S.A.U en el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público.”*

Además, en su Resuelve Séptimo, la citada Resolución establece lo siguiente:

**“Séptimo.-** *Se instruye a los servicios para que presente una propuesta de incoación de expediente sancionador contra Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal por incumplimiento del régimen de precios regulado y de la Resolución de 31 de marzo de 2005.”*

En el marco de la instrucción del procedimiento objeto de la Resolución de 25 de enero de 2006, y en virtud de la competencia atribuida a esta Comisión de conformidad con el artículo 48.3 y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”) se realizaron dos inspecciones que confirman que los Agentes Distribuidores de TESAU estaban comercializando tarjetas prepago a precios significativamente inferiores a los precios regulados, e incluso por debajo de la cuantía del recargo establecida en la Resolución de 31 de marzo de 2004. Esta Comisión ha considerado que dicho comportamiento sólo puede explicarse a partir de la existencia de algún tipo de contraprestación o descuento encubierto contrario a la regulación de precios aplicable a TESAU en virtud de la Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U.

De hecho, TESAU ha venido retribuyendo a sus Agentes Distribuidores de acuerdo con la Cláusula Cuarta de su Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago, en su versión de 14 de abril de 2005 y posteriormente en la de 2 de noviembre de 2005. El análisis de dicho contrato ha llevado a esta Comisión a concluir que TESAU no puede retribuir a sus Agentes Distribuidores de acuerdo con la Cláusula Cuarta de dicho contrato en ninguna de sus dos versiones, constituyendo dicha retribución un descuento encubierto no autorizado, y por tanto un incumplimiento de lo establecido en el régimen de precios regulados de Telefónica, y también de la Resolución de 31 de marzo de 2005.

Concretamente, esta Comisión ha resuelto que TESAU incumple los criterios de la retribución que se establecieron mediante Resolución de 31 de marzo de 2005. De acuerdo con dicha Resolución, TESAU únicamente puede retribuir a sus distribuidores comerciales siempre y cuando efectivamente ejerzan como tales realizando determinadas labores de promoción comercial, gestión de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

avales y prepagos, o provisión de servicios postventa que supongan un ahorro de costes para la propia TESAU.

En este sentido, es preciso señalar que en su Resolución de 25 de enero de 2006, esta Comisión ha concluido que, en el marco del expediente de referencia, los Agentes Distribuidores no son en realidad verdaderos distribuidores sino clientes mayoristas revendedores independientes de TESAU, por lo que no procede la aplicación por parte de TESAU de ningún tipo de retribución, en particular, la retribución de **[CONFIDENCIAL]**, siendo incluso menos aceptable la retribución propuesta por Telefónica en su escrito de 2 de noviembre de 2005, retribución de **[CONFIDENCIAL]**, por constituir ésta última en realidad una retribución variable.

Del resultado de las actuaciones realizadas y de las conclusiones a las que se ha llegado en el marco del procedimiento finalizado por Resolución de 25 de enero de 2006, se desprende que hay elementos de juicio suficientes para estimar que concurren las circunstancias que justifican la iniciación de un procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., por el presunto incumplimiento del régimen de precios al que está sujeta en virtud de la Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U., y de la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2005.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Inicio de oficio como consecuencia de denuncia**

El artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 y Disposición Transitoria primera, número 10, de la LGTel, determina que:

*«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.»*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*A efectos del presente Reglamento, se entiende por:*

*a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. (...)*

*d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».*

En la Resolución de 25 de enero de 2006, el Consejo de esta Comisión insta a los servicios para que presenten una propuesta de incoación de expediente sancionador contra TESAU por incumplimiento del régimen de precios regulado y de la Resolución de 31 de marzo de 2005 por considerar que existen indicios de conductas o hechos susceptibles de constituir infracción administrativa. Dichos hechos o conductas fueron puestos en conocimiento de esta Comisión por sendos escritos de denuncia de varias entidades, tal y como se recoge en los antecedentes de hecho de la Resolución de 25 de enero de 2006.

### **SEGUNDO.- Tipo infractor**

El artículo 128.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

A este respecto, el artículo 53.r) de la LGTel tipifica como infracción muy grave “el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario a las partes.”

Por otra parte, el artículo 53.t) de la citada LGTel tipifica a su vez como infracción muy grave “la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta ley y en su normativa de desarrollo”. En este sentido, la LGTel establece en su Disposición Transitoria Primera que los acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en materia de regulación y fijación de precios continuarán en vigor hasta que se fijen, en los términos que determina el título II de la propia LGTel, los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercados y sus obligaciones. Por lo que el incumplimiento de la Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U., para el año 2005 constituye una infracción muy grave tipificada en la LGTel.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos de TESAU pueden considerarse como actividades comprendidas en las conductas tipificadas en el citado artículo.

### **TERCERO.- Sanciones que pudieran corresponder**

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a) y b) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas a las mencionadas infracciones son las siguientes:

- Respecto del presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 31 de marzo de 2005: *“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor 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 o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”*
- Respecto del presunto incumplimiento del marco de regulación de precios aplicable a TESAU: *“ Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor 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”.*

### **CUARTO.- Órgano competente para resolver**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la potestad sancionadora en relación con las infracciones de carácter muy grave tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 de la citada LGTel.

Concretamente, 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 el artículo 58.a) de la LGTel que establece que “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.”

### QUINTO.- Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, 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. 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. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,

### RESUELVE

**PRIMERO.** Iniciar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., como presunto responsable directo de dos infracciones administrativas calificadas como muy graves, tipificadas en el artículo 53 apartados r) y t) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistentes (i) en el incumplimiento de una Resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, y (ii) en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en la citada ley y en su normativa de desarrollo. 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 tercero de la presente Resolución.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de 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, y todo ello, con las garantías previstas en dicha Ley, en 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 y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

**SEGUNDO.** Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Doña Marta Fornés Llarás 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.

**TERCERO.** 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 presente procedimiento 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 práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- 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, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

**CUARTO.** En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

**QUINTO.** En el supuesto de que 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 en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

**SEXTO.** 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.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera