



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 03/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de enero de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN RELACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADOS SOPORTES TIPO POR PARTE DE LOS AGENTES DISTRIBUIDORES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(Expediente MTZ 2005/752)

HECHOS

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

Mediante Resolución de 25 de octubre de 2001 respecto a la solicitud de 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:

“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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante Resolución de 28 de octubre de 2004, la CMT adoptó medidas cautelares con respecto a las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante. En concreto, esta Comisión resolvió que:

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

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

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

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

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 pagos de acuerdo con los Principios definidos en la Resolución de 25 de octubre de 2001, en concreto, que no podrá realizar ningún comportamiento discriminatorio en lo referente al sistema de facturación fijado en la Resolución de 28 de octubre de 2004 sobre medias cautelares con respecto a las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante, así como cualquier otro comportamiento discriminatorio relativo a la fecha de pago de facturas o interés de demora aplicado a las mismas.

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

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

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

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

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

Octavo.- Telefónica aportará mensualmente a esta Comisión la información contable necesaria relativa a la emisión y cobro de facturas a los suscriptores de sus números gratuitos (900/800 o números cortos) en concepto de recargo por llamadas a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sus números 900/800 o números cortos con origen en teléfonos de uso público según lo establecido en el Acuerdo tercero de la Resolución de 28 de octubre de 2004 y de acuerdo con el sistema de facturación descrito en el Acuerdo segundo de dicha Resolución.

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

Asimismo, 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.

Finalmente, con fecha 23 de junio de 2005, el Consejo de esta Comisión dictó Resolución sobre la procedencia de la aplicación de las modificaciones en el precio de determinados servicios incluidos en la cesta única del price cap, para entrar en vigor el 30 de junio de 2005, que dieron lugar a modificaciones en los porcentajes de descuento de determinados programas en vigor, entre otros, el Programa Masterbono Proveedores.

Segundo.- Con fecha 11 de abril de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Telefónica por el que presenta el nuevo contrato-tipo entre la referida Operadora y sus Agentes Distribuidores, de acuerdo con la modificación señalada en el Resolución de 31 de marzo de 2005.

Tercero.- Con fecha 20 de abril de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de MORE MINUTES.

Cuarto.- Con fecha 4 de mayo de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITYCALL en el cual solicita a esta Comisión que intervenga para que:

- Se proceda a la apertura de un nuevo expediente a fin de constatar el mantenimiento de la estrategia anticompetitiva de Telefónica objeto de los expedientes AEM 2004/1491, AEM 2004/1681 y AEM 2004/1844.
- Se imponga a Telefónica la obligación de recuperar las cantidades pagadas ilegítimamente a sus “Agentes Distribuidores” como “descuentos camuflados”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En sede cautelar, se imponga a Telefónica la obligación de suspender inmediatamente la prestación de los servicios objeto del contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para prestación de servicio telefónico disponible al público.
- De no considerar lo anterior se imponga a Telefónica una multa coercitiva significativa por cada día de mantenimiento de la estrategia anticompetitiva consistente en la discriminación en las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta "Masterbono proveedores".

Quinto.- Con fecha 9 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de TELE2.

Sexto.- Con fecha 18 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de Telefónica por el que comunica la suspensión a cierta entidad del acceso a numeraciones gratuitas de terminales de uso público.

Séptimo.- Con fecha 24 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de XTRA Telecom, S.A. (en adelante, XTRA) por el que solicita que:

- Se analice si Telefónica está llevando a cabo prácticas o conductas restrictivas de la competencia y/o discriminatorias.
- Se verifique que por parte de Telefónica se están cumpliendo las medidas cautelares adoptadas en el marco del Expediente AEM 2004/1681 y los acuerdos primero a décimo tomados en el Expediente AEM 2004/1681.
- Se inicie expediente sancionador contra Telefónica y/o Grupo Telefónica dada su resistencia y oposición al acatamiento/cumplimiento de las Resoluciones de esta Comisión.

Octavo.- Con fecha 25 de mayo de 2005 el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó Orden de Inspección con objeto de verificar la existencia de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica consistente en la discriminación en las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta "Masterbono Proveedores".

En su cumplimiento, el mismo día se levantó Acta de la Inspección efectuada para comprobar el número de minutos totales ofrecidos por las tarjetas Hablaya, Azul, Activa 100x100, Llamame y 1004 comercializadas por Agentes Distribuidores de Telefónica, Sociedad Anónima Unipersonal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Noveno.- Con fecha 27 de mayo de 2005 se comunicó a diversas entidades la apertura de un periodo de información previa con el fin de determinar la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

Asimismo, se requirió a Telefónica la siguiente información:

- Sistema de facturación, justificación del cobro y pago del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante.
- Adicionalmente a lo anterior, Telefónica habrá de especificar, además de la cuantía del recargo, los siguientes elementos: (i) número de minutos facturados por Agente Distribuidor, (ii) cuantía de los descuentos o rappels por Agente Distribuidor, y (iii) comisiones por Agente Distribuidor.

Y, por su parte, a las restantes entidades se requirió lo siguiente:

- Distribución del tráfico de sus tarjetas prepago multidestino desde terminales de uso público y desde teléfonos privados.
- Precios para cada uno de los destinos por tarjeta y origen.
- Justificación del pago del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante indicando los descuentos o rappels obtenidos.
- Detalle de su estructura de capital y los mecanismos de financiación utilizados en su negocio, y en general toda la documentación que consideren necesaria con el objeto de justificar su solvencia económico-financiera en el último año y en particular en la actualidad.

En contestación a los requerimientos evacuados, tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos por parte de las siguientes entidades:

- VIARMA, S.L. (en adelante, Viarma), MCI y ORBITEL con fechas 9, 10 y 13 de junio, respectivamente.
- CITYCALL y MORE MINUTES, con fecha 14 de junio de 2005
- TTP, CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L. (en adelante CLM), Telefónica, Comunitel y Sociedad Regional de Informática, S.A., con fecha 15 de junio de 2005
- BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, BT), Jazztel, S.A.U., Instant Telecom Service, S.L.U. y ASTEL con fechas 17, 20, 22 y 24 de junio
- AMIGOPHONE TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.L. (en adelante, Amigophone), con fecha 12 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo.- Con fecha 1 de junio de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITYCALL por el que solicita que:

- Se adopte la medida cautelar consistente en la prohibición a Telefónica de comercializar la oferta regulada Masterbono para ofrecer el servicio telefónico minorista mediante tarjetas prepago.
- Se adopte la medida cautelar consistente en imponer a Telefónica la obligación de retirar todo descuento, retribución paralela o similar que permita a los Agentes Distribuidores comercializar sus servicios por debajo del precio mayorista regulado, que incluye en su caso el recargo por el uso de cabinas, de forma que si continua la comercialización generalizada de tarjetas a precios inferiores a los precios mayoristas regulados de Telefónica ha de entenderse que se incumple la medida cautelar.
- Se observe apercibimiento a Telefónica en el sentido de que el incumplimiento de la medida cautelar suponga la imposición de una multa coercitiva de 10.000 euros diarios.

Décimo primero.- Con fecha 13 de junio de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de CITYCALL por el que solicita que:

- Se adopte inaudita parte la medida cautelar consistente en la imposición a Telefónica de la obligación de suspender la prestación de los servicios amparados en el contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para prestación de servicio telefónico disponible al público. Más allá solicitan que la prohibición debería extenderse a la prestación de cualquier servicio de gestión de alquiler de plataformas para tarjetas multidestino.
- Se imponga a Telefónica, en sede cautelar e inaudita parte, la obligación de cobrar íntegramente los precios regulados, en concreto, cobrar las cantidades satisfechas ilegítimamente a los Agentes Distribuidores en el ámbito del contrato de distribución comercial de soportes de pago.
- Se realice apercibimiento a Telefónica en el sentido de que si no da cumplimiento a la primera medida cautelar, será aplicable una multa coercitiva de 9.000 euros diarios, y si no da cumplimiento a lo dispuesto en la segunda medida cautelar, será aplicable una multa coercitiva de 3.000 euros diarios.
- En caso de que no se considere oportuna la adopción de la primera medida cautelar, cabría considerar directamente la imposición de una multa coercitiva por incumplimiento de la Resolución de 24 de enero de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo segundo.- Con fecha 28 de junio de 2005 se puso a disposición de diversas entidades el expediente a fin de que efectuaran las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de alegaciones de City Call, Comunitel y MCI el 8 de julio, de More Minutes el 13 de julio y de Telefónica el 15 de julio.

Décimo tercero.- Con fecha 28 de julio de 2005 el Consejo de esta Comisión dictó Resolución sobre las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta "Masterbono Proveedores" por parte de Telefónica de España, S.A.U., en concreto, se adoptó el siguiente acuerdo:

Primero.- *Iniciar el correspondiente procedimiento administrativo con el objeto de analizar el comportamiento de Telefónica de España, S.A.U. discriminatorio a favor de sus Agentes-Distribuidores respecto a las condiciones de precios que aplica, por el cual dicha entidad no estaría dando cumplimiento a la Regulación de precios a que se encuentra sometida.*

Segundo.- *Telefónica de España, S.A.U. deberá aplicar a sus Agentes Distribuidores o a cualquier otro cliente mayorista los precios regulados según especifica la normativa vigente y, en su caso, los porcentajes de descuento del plan Masterbono Proveedores, de tal forma que a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución los precios medios efectivos que Telefónica cobre a sus Agentes Distribuidores sean los especificados en el Anexo I.*

Tercero.- *En el plazo de veinte días naturales a contar desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. deberá haber retirado de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes finales que contengan minutos de tráfico no ajustados a los precios regulados y, en especial, a los precios medios efectivos señalados en el Anexo I.*

Cuarto.- *A partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. habrá de comunicar a esta Comisión, cualquier descuento adicional sobre el volumen de tráfico, que pretenda ofrecer a sus clientes y/o Agentes Distribuidores, sean éstos mayoristas o minoristas.*

Quinto.- *Telefónica de España, S.A.U. deberá remitir a esta Comisión, los días 20, o día hábil posterior si éste fuera inhábil, de cada mes información respecto del mes anterior relativa a los minutos vendidos y precios por destino a cada uno de sus clientes mayoristas, así como los ingresos obtenidos para cada destino por la venta de dichos minutos. La primera información a recibir el 20 de agosto contendrá dicha información respecto del periodo comprendido entre marzo y julio de 2005, ambos inclusive.*

Sexto.- *Se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución para los interesados y terceros del presente procedimiento.*

Décimo cuarto.- Mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2005, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, Telefónica interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

Asimismo, a través de dicho recurso Telefónica solicitó la suspensión de la Resolución impugnada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo quinto.- Con fecha 19 de agosto de 2005 y 29 de septiembre de 2005 y en cumplimiento del Resuelve quinto de la Resolución de 28 de julio de 2005, Telefónica remitió a esta Comisión información relativa al número de minutos vendidos, precios por destino a cada cliente e ingresos obtenidos para cada destino por la venta de dichos minutos.

Décimo sexto.- Con fecha 15 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó un acuerdo en virtud del cual se aprobó Resolución por la que se denegó la suspensión de la Resolución recurrida.

Décimo séptimo.- Con fecha 14 de octubre de 2005 se lanzaron sendos requerimientos a Telefónica y sus Agentes Distribuidores y al resto de operadores del mercado con el fin de recabar información crucial para la tramitación del expediente de referencia.

Décimo octavo.- Con fecha 17 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de ORBITEL por el que solicitaba una nueva inspección sobre el número de minutos ofrecidos por las tarjetas Hablaya, Azul, Activa 100x100, Llámame y 1004 con el objeto de verificar el cumplimiento de la Resolución de 28 de julio de 2005 y en todo caso se procediera a la adopción de nuevas medidas cautelares.

Décimo noveno.- Con fecha 19 de octubre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de City Call en respuesta al requerimiento de información realizado.

Vigésimo.- Con fecha 19, 24, 26, 27 y 28 de octubre tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión escritos de More Minutes, BT, Jazztel, MCI, Colt y Spantel en respuesta al requerimiento de información realizado.

Vigésimo primero.- Con fecha 2 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en respuesta al requerimiento de información realizado.

Vigésimo segundo.- Con fecha 10 de noviembre el Consejo de esta Comisión adoptó medidas cautelares en relación al asunto de referencia, resolviendo lo siguiente:

***Primero.-** La cuantía de la retribución de Telefónica de España, S.A.U. a sus Agentes Distribuidores no podrá superar los [CONFIDENCIAL] especificados en esta Resolución, en función del ahorro de costes que estos le generen.*

***Segundo.-** Telefónica de España S.A.U. deberá cesar de manera inmediata en la generación de códigos PIN para las tarjetas que sus Agentes Distribuidores actualmente están comercializando. En particular, deberá cesar de inmediato en la remisión de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ficheros de códigos PIN a los mayoristas que posteriormente estos utilizarán para la activación a través del interface web de gestión.

Tercero.- *Mientras se tramita el presente expediente, Telefónica de España S.A.U. deberá solicitar a esta Comisión la autorización pertinente necesaria para generar los códigos PIN, para lo que deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta que el Distribuidor pretende comercializar y para la que ha pedido el correspondiente código PIN.*

En concreto, cuando Telefónica de España, S.A.U. solicite autorización para la creación de PINES deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta del Agente Distribuidor mayorista: coste de mantenimiento diario, recargo para llamadas desde terminales de uso público, así como las particulares para cada destino, en particular, los precios por minuto, el coste de establecimiento, y el sistema de facturación (segundos, minutos, etc).

Cuarto.- *Se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución para los interesados y terceros del presente procedimiento.*

Vigésimo tercero.- Con fecha 11 de noviembre de 2005 se requirió a Telefónica la siguiente información:

- Para cada una de las tarjetas comercializadas por los diferentes Agentes Distribuidores se habrá de especificar la siguiente información: (i) Descripción de cada una de las tarjetas indicando su nombre, comisión de distribución, coste de establecimiento de llamada, cargo diario por mantenimiento, unidad de tarificación, especificación de la cuantía del campo recargo por tarjeta¹, (ii) Número de minutos faciales o publicitados para cada una de las tarjetas y para cada uno de los destinos, (iii) Número de minutos reales o efectivos de cada tarjeta y para cada uno de los destinos.
- Distribución de los Ingresos reales por tarjeta facturados por Telefónica de España S.A.U. a los Agentes Distribuidores para cada una de sus tarjetas y para cada uno de los destinos.

Vigésimo cuarto.- Con fecha 16 de noviembre de 2005 y en virtud de la competencia atribuida a esta Comisión de conformidad con lo previsto en el artículo 48.3 i y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones se ordenó la realización de una inspección al objeto de *“Describir las tarjetas Hablaya, Azul, Activa 100x100, Llámame y 1004, en lo referente al coste de establecimiento de llamada, su cargo diario por mantenimiento, unidad de tarificación, el número de minutos faciales o publicitados para cada una de las tarjetas y para cada uno de los destinos”*.

Vigésimo quinto.- Con fecha 22 de noviembre de 2005 los Servicios de esta Comisión realizaron la mencionada inspección y levantaron acta.

¹ Referido al número de minutos en que se minora el total de minutos publicitados en la tarjeta por cada minuto de conversación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vigésimo sexto.- Con fecha 29 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de City Call por el que solicita que: (i) Se imponga a Telefónica la obligación cautelar de suspender la prestación de los servicios amparados en el contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para prestación de servicio telefónico disponible al público, extendiendo la prohibición a la prestación de cualquier servicio de gestión de alquiler de plataformas para tarjetas multidestino, (ii) que en sede cautelar se imponga a Telefónica la obligación de cobrar íntegramente los precios regulados no satisfechos en el pasado por los Agentes distribuidores, y finalmente, (iii) que se abra expediente sancionador contra TTP por incumplimiento de la Resolución de 31 de marzo de 2005.

Vigésimo séptimo.- Con fecha 7 de diciembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica en respuesta al requerimiento de información realizado.

Vigésimo octavo.- Con fecha 13 de diciembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica por el que solicita la autorización para la generación de PINES.

Vigésimo noveno.- Con fecha 23 de diciembre de 2005, se emitió informe de audiencia sobre el asunto de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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

Además, el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución, de conformidad con el mencionado artículo 11.4., debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras”.

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

SEGUNDO.- SOBRE LAS PRÁCTICAS OBJETO DE ESTE EXPEDIENTE

El presente expediente trae causa de la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 28 de julio de 2005 sobre las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta “Masterbono Proveedores” por parte de Telefónica de España, S.A.U., (en adelante, “TESAU”), en la que se acuerda iniciar el correspondiente procedimiento administrativo con el objeto de analizar el presunto comportamiento discriminatorio de TESAÚ en relación con los precios aplicados a sus Agentes-Distribuidores comercializadores de tarjetas de prepago.

Por lo tanto, es preciso analizar las condiciones ofrecidas por TESAÚ a sus Agentes-Distribuidores con el objeto de determinar

- (1) si dichas condiciones vulneran las obligaciones impuestas a TESAÚ por la legislación sectorial de telecomunicaciones, y en particular por la regulación de precios a la que está sometida TESAÚ.
- (2) Si al aplicar dichas condiciones TESAÚ ha incurrido en prácticas anticompetitivas contrarias al Derecho de la Competencia, y concretamente en un abuso de posición dominante.

1. Antecedentes históricos de estas prácticas:

1.1 Tráfico originado en locutorios.

Las primeras denuncias se presentaron en 1998. Intertrace denunció entonces que TESAÚ estaba aplicando condiciones discriminatorias a un grupo de revendedores para locutorios. Si bien esta Comisión consideró que la práctica denunciada no podía darse por probada (Resolución de 22 de diciembre de 1998), a raíz de un recurso de revisión presentado por Intertrace, se constató la existencia de acuerdos confidenciales entre TESAÚ y sus revendedores,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acuerdos que incluían, entre otros elementos, retribuciones de TESAU a los revendedores de más de 700 millones de pesetas por acciones de “marketing y publicidad”.

Ante la existencia de retribuciones en paralelo a la prestación de servicio a precios regulados, esta Comisión definió ya a principios de 2002 el régimen básico que debían seguir estas retribuciones:

“TELEFÓNICA no podrá aplicar descuentos en el servicio telefónico en los precios expresados por minutos cuando el origen de aquellos esté en la prestación de otros servicios diferentes del cliente a TELEFÓNICA, cuya remuneración se haya pactado mediante una cuantía fija o variable y nada tenga que ver con la duración del servicio telefónico realizado.

Cualquier acuerdo por el que TELEFÓNICA retribuya cualquier tipo de prestación realizada por un cliente con el que tiene contratado algún servicio sujeto a precios regulados habrá de responder a una causa existente, lícita y verdadera.” (Resolución de 24 de enero de 2002, negrita propia).

Esta Comisión constató posteriormente la existencia de estas prácticas:

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

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

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente AJ 2002/7247).

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

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

1.2. Tráfico originado en terminales de uso público y comercializado a través de tarjetas prepago.

En 2004, y a raíz de la introducción del recargo por el uso de terminales públicos para acceder a números 900, el Grupo Telefónica **incurre, de nuevo, en prácticas anticompetitivas derivadas del incumplimiento del régimen de precios y discriminación** en relación con el tráfico originado en terminales de uso público comercializado a través de tarjetas telefónicas prepago.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado del servicio telefónico fijo disponible al público”.

Adicionalmente, la Resolución de 31 de marzo de 2005 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, y adopta una serie de medidas cautelares con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de retribución en función del ahorro de costes, y se incoa un procedimiento sancionador como presunto responsable de dos infracciones: (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.

Finalmente la Resolución de 28 de julio de 2005 pone fin al trámite de información previa para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta “Masterbono Proveedores” por parte de TESAU adoptando un acuerdo por el que se abre el presente procedimiento administrativo con el objeto de analizar el comportamiento discriminatorio de TESAU a favor de sus Agentes Distribuidores respecto a las condiciones de precios que aplica.

2. Prácticas objeto del presente expediente

En el marco del presente expediente, y en virtud de la competencia atribuida a esta Comisión de conformidad con lo previsto en el artículo 48.3 y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se realizó una inspección el pasado 25 de mayo de 2005, consistente en comprobar el número de minutos totales ofrecidos por las tarjetas Hablaya, Azul, Activa 100x100, Llamame y 1004 comercializadas por Agentes Distribuidores de Telefónica. Dicha inspección pone en evidencia lo siguiente:

- i. El número de minutos ofrecido por las tarjetas comercializadas por los Agentes Distribuidores de Telefónica es significativamente mayor al número de minutos que efectivamente podrían comercializar en caso de que aplicaran los precios regulados incluidos en el BOE menos los correspondientes descuentos procedentes del “Programa Masterbono Proveedores”.
- ii. El número de minutos ofrecidos por las diferentes tarjetas prepago multidespacho es diferente dependiendo del origen de la llamada, esto es, para todos los casos, el número de minutos ofrecidos por las mencionadas tarjetas prepago es superior cuando las llamadas se realizan desde un terminal privado que si se realizan desde un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

terminal de uso público, fruto de la aplicación del recargo aprobado mediante Resolución de 31 de marzo de 2004.

- iii. El precio efectivo por minuto en céntimos de euro, tanto si la llamada se realiza desde un terminal privado como si se realiza desde un terminal de uso público, es significativamente inferior, para todos los destinos a los precios regulados. Incluso en algunos casos, queda por debajo de la cuantía del recargo², esto es, 4,79 céntimos de euro por minuto, sin añadir el system time, los costes de comercialización, ni el IVA, en cuyo caso, tal y como quedó demostrado en la Resolución de 31 de marzo de 2005, la cuantía del recargo sería muy superior a la aprobada el 31 de marzo de 2004.

En definitiva, los Agentes Distribuidores de Telefónica estarían comercializando tarjetas prepago a precios significativamente inferiores a los **aprobados y vigentes**, e incluso por debajo de la cuantía del recargo establecida en la Resolución de 31 de marzo de 2004. Por tanto, se puede afirmar que los Agentes Distribuidores estarían vendiendo a pérdidas de manera continuada, algo que no parece ser sostenible a medio plazo.

No obstante lo anterior, TESAU afirma estar cobrando la cuantía del recargo establecida mediante Resolución de 31 de marzo de 2004 y por otra estar vendiendo minutos a sus Agentes Distribuidores a precios regulados aplicando en su caso, el porcentaje de descuento contemplado en el plan masterbono proveedores.

Por otra parte, en fecha 22 de noviembre de 2005, se realiza una nueva inspección en cumplimiento de la Orden de inspección de 16 de noviembre, con el objeto de describir las tarjetas *Hablaya*, *Azul*, *Activa 100x100*, *Llámame y 1004*, en lo referente al coste de establecimiento de llamada, su cargo diario por mantenimiento, unidad de tarificación, el número de minutos faciales o publicitados para cada una de las tarjetas y para cada uno de los destinos.

A continuación, en la siguiente tabla se presenta el detalle para cada una de las tarjetas señaladas anteriormente.

² Para aquellas llamadas realizadas desde Terminales de uso Público.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Colombia-Bogotá	Azul		Activa 100x1000		Lláname		1004		Hablaya	
	Privado	Cabinas	Privado	Cabinas	Privado	Cabinas	Privado	Cabinas	Privado	Cabinas
Valor Facial	5	5	5	5			5	5	5	5
Nº Minutos Publicitado	150	60	151	59			155	70	158	63
Valor Tarjeta	2,94	2,94	2,94	2,94			2,94	2,94	2,94	2,94
Precio Minuto Teórico	0,033	0,083	0,033	0,085			0,032	0,071	0,032	0,079
Costes Comercialización	30%	30%	30%	30%			30%	30%	30%	30%
IVA	16%	16%	16%	16%			16%	16%	16%	16%
Coste de Establecimiento	0,12	0,12	0,1	0,1			0,12	0,12	0,12	0,12
Coste de Mantenimiento	0,05	0,05	0,1	0,1			0,05	0,05	0,03	0,03
Costes Totales	0,86	0,86	1,3	1,3			0,86	0,86	0,66	0,66
Nº Minutos Perdidos	25,8	10,32	39,26	15,34			26,66	12,04	20,856	8,316
Nº Minutos Efectivo	124,2	49,68	111,74	43,66			128,34	57,96	137,144	54,684
Precio Price Cap (I)	0,147	0,147	0,147	0,147			0,147	0,147	0,147	0,147
Precio Medio Efectivo (II)	0,040	0,101	0,045	0,115			0,039	0,086	0,036	0,091
(II)/(I)	-72,6%	-31,5%	-69,6%	-22,1%			-73,5%	-41,3%	-75,2%	-37,8%



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los datos relativos a la tarjeta Llámame no pudieron ser completados debido a que a pesar de que se llamó en repetidas ocasiones a lo largo del día al teléfono de atención al cliente que figura en el reverso de la tarjeta (902 362 855) no se consiguió establecer ningún tipo de comunicación con ningún departamento de atención al cliente, ya que transcurridos cinco tonos la llamada finalizaba.

En base a la tabla anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El precio medio efectivo pagado por los usuarios finales resulta ser entre un 22% y un 75% inferior al precio BOE menos el plan Masterbono Proveedores, dependiendo de si la llamada se realiza desde un Terminal privado o desde un Terminal público de uso común.
2. El precio medio efectivo pagado por los usuarios finales cuando las llamadas se realizan desde terminales de uso público, esto es, cabinas, resulta ser en todo caso superior a la cuantía del recargo establecida por Resolución de 31 de marzo de 2005. En concreto el precio para las llamadas a Bogotá realizadas desde cabinas es 2,5 veces superior al precio desde teléfonos de uso privado.
3. Tras la llamada a un número dirigido a la ciudad de Bogotá-Colombia se ha observado que el número de minutos publicitado difiere en media entre un 17%-18% del realmente ofrecido, como consecuencia del establecimiento de llamada, coste de mantenimiento o unidad de tarificación aplicada.

TERCERO.- LEGISLACIÓN SECTORIAL APLICABLE

1. No discriminación en el acceso a redes y servicios de telecomunicaciones

Es preciso recordar aquí que Telefónica es operador dominante en el mercado de redes y servicios telefónicos fijos disponibles al público, de conformidad con la Resolución de 11 de septiembre de 2003³. Las obligaciones derivadas de ostentar tal condición se encuentran actualmente vigentes en el ámbito del nuevo marco regulador de conformidad con la Disposición Transitoria Primera, Apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que *“los mercados de referencia*

³ Resolución sobre los operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de redes y servicios de telefonía fija, alquiler de circuitos, telefonía móvil automática y servicios de interconexión (OM 2003/465)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones”.

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

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

Por tanto, de conformidad con lo anterior, en lo que aquí interesa, Telefónica está sometida a la obligación de suministrar accesos a su red y a los servicios de telecomunicaciones a todas las entidades dedicadas a la comercialización de tarjetas telefónicas que lo soliciten en condiciones objetivas, transparentes, proporcionales y no discriminatorias.

2. Regulación de precios

Asimismo, TESAU está sujeta al modelo de regulación tarifaria establecida a través de las Ordenes Ministeriales siguientes:

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

Tal y como se estableció en la Resolución de esta Comisión de 24 de abril de 2003, de ello se deriva que Telefónica debe aplicar precios regulados a todos sus distribuidores por los servicios sometidos a regulación de precios que les preste, teniendo en cuenta que cualquier descuento adicional sobre el volumen de tráfico que Telefónica pretenda ofrecer a sus clientes, sean estos mayoristas o minoristas, deberá ser objeto de aprobación por la Comisión Delegada del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión. Por otra parte, debe trasladar a los suscriptores de los números de inteligencia de red (números gratuitos) el recargo establecido por esta Comisión en su Resolución de 31 de marzo de 2004, como compensación para los titulares de terminales de uso público⁴.

TESAU alega en sus escritos de 19 de agosto de 2005, 29 de septiembre de 2005 y 24 de octubre de 2005 que está dando cumplimiento al régimen tarifario vigente aplicando para cada uno de los destinos los porcentajes del Plan Masterbono Proveedores. A continuación, en el siguiente epígrafe se presentan las características del mencionado Plan.

2.1. Características del Plan Masterbono Proveedores

La Orden PRE/1550/2003 de 6 de junio dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 8 de mayo de 2003, por el que se aprueba la modificación del programa de descuentos denominado "Masterbono Proveedores" del servicio telefónico disponible al público, prestado por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal.

El programa de descuento denominado "Masterbono Proveedores", incluido dentro de la prestación del servicio telefónico disponible al público, se rige por las condiciones generales contenidas en el contrato de abono telefónico de Telefónica de España. En particular dicho programa establece descuentos en las tarifas de servicio telefónico básico y RDSI, en sus componentes provincial e internacional.

La adscripción del cliente al Programa implica la incorporación automática de todas las líneas que el cliente desee incorporar, tanto individuales como de enlace (y los cargos de las tarjetas personales asociadas), accesos básicos y primarios RDSI, todas las centralitas Ibercom y todas las centralitas digitales, identificados con su Número de Identificación Fiscal, siempre que se utilicen para la prestación de servicios de telefonía de uso público.

Pueden adscribirse a este Programa toda persona física o jurídica, entre cuyas actividades económicas se encuentre la prestación de servicios de telefonía de uso público, así como grupos de sociedades que dependiendo accionarialmente de la matriz, tengan como principal actividad económica la definida anteriormente y que queden comprendidas en alguna de las siguientes definiciones:

- a) Grupos de sociedades, entendidas estas en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

⁴ En este sentido, es importante señalar que la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (AEM 2004/1681) ya constató la existencia de una práctica anticompetitiva de Telefónica consistente "*en la no repercusión del recargo a los diferentes Agentes de la cadena de valor*",



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Asociaciones empresariales con un núcleo de actividad común.
- c) Agrupaciones formadas por una Administración pública territorial de las relacionadas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las citadas Administraciones públicas territoriales.

En el supuesto de que el cliente sea una agrupación empresarial de las recogidas en los apartados anteriores, quien suscriba la solicitud de adscripción al Programa lo hará en nombre y representación de todos y cada uno de los integrantes de la agrupación. En el supuesto de que no se otorgue la representación a uno de los integrantes de la agrupación, la solicitud de adscripción al mismo será firmada por todos y cada uno de los integrantes de la mencionada agrupación.

En consecuencia, podrá adscribirse al Plan Masterbono Proveedores cualquier persona física o jurídica entre cuyas actividades se encuentra la prestación de servicios de telefonía de uso público tal y como aparece recogido en la Orden PRE/1550/2003 de 6 de junio.

El periodo de vigencia del plan será indefinido, salvo que Telefónica notifique con una antelación mínima de un mes, su pérdida de vigencia. El programa de descuentos no lleva asociada ninguna cuota mensual, siendo el alta y la baja gratuitas.

CUARTO.- CALIFICACIÓN DE LOS AGENTES DISTRIBUIDORES DE TESAU COMO REVENDADORES O CLIENTES MAYORISTAS

1. Consideraciones generales acerca de los Agentes Distribuidores de TESAU

En la Resolución de 31 de marzo de 2005, se analizaron los dos tipos de contrato **confidenciales** aportados por TESAU por los que se rigen sus relaciones con sus Agentes Distribuidores distinguiéndose entre los que actúan como revendedores o clientes mayoristas y los que actúan como meros distribuidores y comercializadores de soportes tipo. Por su relevancia en el marco del presente expediente, es preciso traer a colación lo establecido en dicha Resolución.

Respecto de los revendedores o clientes mayoristas: “1. Contrato del servicio de tarjetas prepago multidestino para la prestación del STDP.

Tal y como se desprende de la Cláusula Primera de este Contrato, su objeto es establecer los términos y condiciones en que Telefónica prestará al Cliente el servicio de “Tarjeta Prepago Multidestino para Prestación de Servicio Telefónico disponible al



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Público” (en adelante, “el Servicio” y “la Tarjeta”) para que éstos últimos establezcan su propio sistema de prestación de servicio telefónico.

[CONFIDENCIAL]

Respecto de los meros distribuidores: “2. Contrato de distribución comercial de soportes de pago.

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

[CONFIDENCIAL]

Finalmente, dicha Resolución concluye lo siguiente: “Pues bien, como resulta de la propia descripción de Telefónica, los contratos engloban dos relaciones de naturaleza y régimen diferentes; (i) la propia del revendedor, cliente mayorista de Telefónica, y por tanto, afectado por el régimen de regulación de precios que limita la capacidad comercial de Telefónica, y (ii) la de distribuidor comercial de los servicios de Telefónica, cuyo régimen exige la vigilancia sobre la aparición de condiciones o cláusulas que pueden resultar anticompetitivas habida cuenta de la posición del grupo en los mercados afectados.

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

- “- TESAU deberá aplicar precios regulados al Suministrador Homologado por los servicios sujetos a la regulación de precios que preste a través de las líneas de su titularidad.
- La remuneración que el Suministrador Homologado reciba de TESAÚ por la efectiva prestación de los servicios relacionados con la gestión de locutorios deberá, en todo caso, mantenerse desvinculada del tráfico efectivamente cursado por las líneas titularidad de aquél, y establecerse únicamente en función del ahorro de costes que le genere a TESAÚ la prestación de dichos servicios por parte del Suministrador Homologado, y ello de conformidad con la racionalidad económica que subyace a la citada figura y a la que se ha hecho referencia en la presente Resolución.
- Cualquier descuento adicional a los ya aprobados relativo al volumen de tráfico que cursen las líneas titularidad del Suministrador Homologado deberá ser objeto de aprobación previa por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, mediando el preceptivo informe de esta Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- TESAU deberá aplicar a las comisiones que en su caso acuerde libremente con el Suministrador Homologado por la realización de las labores de promoción comercial o de actividades tales como la gestión de avales y prepagos o la provisión de servicios postventa, según el criterio de racionalidad económica que subyace a dicha figura y que, como ya se ha mencionado, consiste en el ahorro de costes efectivamente generado a TESAU por la prestación de sus servicios, reservándose esta Comisión, con respecto a la aplicación de dichas comisiones, el ejercicio de sus funciones de vigilancia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado.

Así, como cliente mayorista, serán principios básicos de obligada observancia en las relaciones entre Telefónica y el correspondiente Distribuidor los siguientes, reiteradamente fijados en Resoluciones anteriores de esta Comisión:

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

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

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

1. Análisis de la figura del Agente Distribuidor en el marco del presente expediente

Del estudio del funcionamiento de las tarjetas objeto del presente expediente, se deriva que estamos ante un Agente Distribuidor que no es un mero intermediario que simplemente realiza funciones de comercialización, administración y postventa, sino que se trata de un verdadero revendedor que, siendo cliente mayorista de TESAU, compra un determinado volumen de minutos a TESAU destinado a cursar llamadas telefónicas por parte de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

usuarios finales, tráfico que será facilitado por Telefónica de España asociado a Códigos o Números secretos (PINes) y que finalmente se incorpora en tarjetas que el propio revendedor emite destinadas a su venta a los usuarios finales.

2.1 Descripción, especificación y tratamiento de la plataforma o plataformas utilizadas para el proceso de activación de las tarjetas prepago, información de crédito de minutos y posibles plazos de vencimiento

[CONFIDENCIAL]

Por tanto, del escrito de Telefónica de fecha 2 de noviembre se deducen las siguientes conclusiones:

- i. Las plataformas de tarjetas son controladas directamente por los Agentes Distribuidores, quienes explícitamente tienen la capacidad de manejar libremente las variables coste de establecimiento, coste de mantenimiento, recargo desde TUP, etc, que caracterizan dichas tarjetas.
- ii. El Agente Distribuidor, como explícitamente pone de manifiesto en la publicidad de sus tarjetas, tiene total autonomía para modificar las tarifas que aplica a los diferentes destinos de las llamadas.
- iii. Dadas las variables del punto i y las tarifas por destino, la plataforma determina la duración máxima de la llamada y los minutos reales que dicha tarjeta ofrece para cada uno de los destinos.

En consecuencia, de la información aportada por Telefónica se desprende que la mencionada operadora no ejerce ningún control sobre el diseño comercial de las tarjetas, siendo aparentemente, los Agentes Distribuidores, que actúan como clientes mayoristas, los que tienen total autonomía para definir los parámetros y variables descriptivas de la tarjeta así como la facultad de modificar sin previo aviso las tarifas a los distintos destinos.

Resulta evidente, pues, de las características expuestas anteriormente, que la plataforma de tarjetas alquilada por el Agente Distribuidor confirman la autonomía de éste respecto de TESAÚ para definir los parámetros y variables descriptivas de la tarjeta así como para fijar las tarifas aplicadas a los distintos destinos, confirmando pues su calificación como revendedor o cliente mayorista.

Por lo tanto, y tal y como se recoge en múltiples Resoluciones de esta Comisión ya citadas, los principios básicos de obligada observancia en las relaciones entre TESAÚ y sus clientes mayoristas son las siguientes:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Por todo ello, esta Comisión entiende que en relación con las tarjetas objeto de esta expediente, TESAU no puede remunerar a sus agentes distribuidores como pretende a través de la Cláusula Cuarta de su contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago, en su versión de 14 de abril de 2005, y aún menos en su nueva versión, como si fueran meros distribuidores a los que retribuye por el ahorro de costes que éstos le generan puesto que los revendedores no les generan ningún ahorro en costes.

En su versión de 14 de abril de 2005, la cuantía de dicha retribución quedó redactada en el contrato del siguiente modo:

[CONFIDENCIAL]

Por otra parte, con fecha 2 de noviembre de 2005, TESAU presenta una nueva versión del Contrato de Distribución Comercial de Soportes de Pago en el que se fija una retribución fija de **[CONFIDENCIAL]**. Esta retribución, según Telefónica resulta de haber suprimido la parte variable y tras ciertos “análisis oportunos” que no se llegan a especificar. En opinión de Telefónica, esta retribución se estaría ajustando, por una parte, al valor económico de la prestación que subcontrata, y por otra, al efectivo ahorro de costes que la labor de los Agentes Distribuidores genera a la propia Operadora.

En primer lugar, cabe destacar que aún en el supuesto de considerarse a los Agentes Distribuidores como meros intermediarios, la retribución propuesta por TESAU en su nueva versión del contrato incumple los criterios de la retribución que se establecieron mediante Resolución de 31 de marzo de 2005. En dicha Resolución se imposibilitaba a Telefónica a introducir parámetros de eficiencia económica de carácter variable debido a que la retribución debería estar fijada exclusivamente en función del ahorro de costes que Telefónica obtuviera como consecuencia de la subcontratación de la actividad de edición y comercialización. Esta Comisión entiende que esta nueva retribución planteada por Telefónica pretende, en cierto modo, compensar a los Agentes Distribuidores la parte variable a través de una parte fija superior.

Como conclusión, esta Comisión considera que los Agentes Distribuidores tienen carácter de clientes revendedores independientes de Telefónica, en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia, no procede la aplicación por parte de esta Operadora de ningún tipo de retribución, en particular, la retribución de **[CONFIDENCIAL]** siendo por tanto, incluso menos aceptable la retribución propuesta por Telefónica en su escrito de 2 de noviembre de 2005, retribución de **[CONFIDENCIAL]**.

Esta retribución constituye un descuento encubierto no autorizado, y por tanto un incumplimiento claro de lo establecido en el régimen de precios regulados de Telefónica, y también de la Resolución de 31 de marzo de 2005.

SEXTO.- MERCADOS AFECTADOS POR LAS CONDUCTAS OBJETO DEL PRESENTE EXPEDIENTE Y POSICIÓN DE TESAU EN DICHOS MERCADOS

Como paso previo a analizar si las prácticas objeto de este expediente vulneran el Derecho de la Competencia, es preciso definir el mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto o servicio como del espacio geográfico, así como establecer si TESAU ostenta una posición de dominio en dicho mercado de acuerdo con el Derecho de la Competencia.

1. Mercado de producto relevante

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998 (en adelante, “Comunicación de Acceso”) define el mercado de productos o servicios de referencia como aquél *que “comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*. Así, se considerará que los diferentes servicios de telecomunicaciones son sustituibles si presentan un grado suficiente de intercambiabilidad para el usuario final, lo que significa que puede desarrollarse una competencia efectiva entre los diferentes prestadores de tales servicios. Así, de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia comunitarias, el criterio más importante de definición del mercado de producto o servicio relevante es la intercambiabilidad de la demanda, aunque también habrá que tener en cuenta la intercambiabilidad de la oferta y la competencia potencial.

Cabe recordar que según la jurisprudencia comunitaria, es preciso analizar el mercado de referencia en función del abuso alegado. En el presente expediente, las conductas denunciadas consisten en la presunta aplicación de precios discriminatorios mediante descuentos encubiertos a los Agentes Distribuidores de Telefónica para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público mediante tarjetas de prepago y a través de terminales de uso público. Las prácticas denunciadas tienen un grado de similitud tal con las conductas recientemente analizadas por esta Comisión en las Resoluciones de 31 de marzo de 2005, y de 30 de diciembre de 2004 que el análisis de mercado efectuado en dichas resoluciones resulta plenamente vigente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, se establecía lo siguiente: “En este sentido, con carácter general, la actividad de prestación del servicio de telefonía de uso público se caracteriza por los siguientes aspectos:

- Tal y como estableció la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de julio de 2002 (RO 2002/6162) los prestadores de servicios de telefonía de uso público “desarrollan una actividad por cuenta propia consistente en poner a disposición de sus clientes el servicio telefónico disponible al público u otros servicios de telecomunicaciones que aquéllos contratan con los correspondientes operadores de telecomunicaciones. (...) dicha actividad podrá tener o no una finalidad específicamente comercial, dependiendo de su caracterización como actividad complementaria de otra”.

- Dicha actividad lleva asociada la contratación del servicio telefónico fijo, entendido como el acceso y el tráfico cursado:

- (i) El acceso a la red telefónica fija es un elemento necesario para ofrecer a los clientes que acceden a los locales en los que se instalan los terminales de uso público la posibilidad de realizar llamadas telefónicas.
 - (ii) Asimismo, para cursar las llamadas desde un terminal de uso público, también es necesario, además de la infraestructura, contratar con el operador de telecomunicaciones el tráfico medido que debe cursarse. En este sentido, existen productos comerciales que permiten la elección al cliente final del operador que cursa el tráfico medido. En primer lugar, el titular del terminal de uso público tiene contratado un operador de telecomunicaciones que será el que curse las llamadas por defecto. Ahora bien, el cliente también puede hacer uso de una tarjeta prepago. Mediante este instrumento el cliente elige a priori el operador que cursará su tráfico y que difiere del operador elegido por el propietario del terminal.
2. El rasgo fundamental de la demanda de un terminal de uso público es la “condición de desplazados” de los consumidores que hacen uso de este tipo de servicio y que efectivamente impide el acceso al servicio telefónico fijo desde otro tipo de ubicaciones⁵ alternativas.
 3. Asimismo, esta Comisión caracterizó con mayor detalle en la citada Resolución de 30 de julio de 2002, la demanda de este servicio, diferenciando a los consumidores que satisfacen una necesidad puntual de comunicación de aquellos otros que acuden al terminal de uso público con la intención expresa de realizar una llamada (principalmente locutorios).

En este sentido, los terminales telefónicos de uso público afectados por la conducta que constituye el objeto del presente procedimiento serán aquellos terminales localizados en locales a los que los consumidores no se dirigen con la intención expresa de realizar llamadas, sino que el uso que realizan de dichos terminales responde a un empleo ocasional de los mismos. En concreto, dichos terminales se corresponden con:

4. Los situados en el dominio privado. En este supuesto, la telefonía de uso público constituye una **actividad económica secundaria a otra actividad principal, a la**

⁵ Resolución de 22 de diciembre de 1998 en el expediente sobre la supresión, por parte de Cabinas Telefónicas, S.A., del acceso a números 900 desde algunos de sus terminales de uso público situados en aeropuertos y estaciones nacionales de ferrocarril.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cual está destinado el uso del local en el que se encuentra instalado el terminal. Estas ubicaciones se refieren a locales privados destinados a negocios cuya actividad comercial no se corresponde con la exclusiva prestación de servicios de telefonía de uso público, y en los que se ubican terminales telefónicos que se ponen a disposición de los clientes que acuden a dichos locales, siendo el uso que éstos realizan de tales terminales completamente ocasional, al dirigirse a cubrir una necesidad puntual de comunicación telefónica. A modo de ejemplo de esta tipología de terminales, se pueden citar los ubicados en bares, cafeterías, hoteles, restaurantes, supermercados, etc.

- *Los situados en el dominio público sujeto a concesión. Esta tipología se corresponde con los terminales ubicados en los aeropuertos, estaciones de autobuses y ferrocarriles, instituciones penitenciarias, cuarteles militares, hospitales, etc.*
- *Los situados en el dominio público. Estos terminales tienen como propósito cubrir las necesidades de comunicación telefónica ocasionales de los usuarios que transitan la vía pública.*

De esta forma, cabe afirmar que existe un mercado de referencia para la telefonía de uso público prestada en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión, que se diferencia de la telefonía de uso público prestada en locales destinados específicamente a este fin (locutorios), de forma que esta última actividad no se incluye en dicho mercado por las siguientes razones:

- *Responde de forma diferente a la satisfacción de las necesidades del usuario final (...)*
- *Son modelos de negocio distintos.”*

Cabe destacar, que si bien las tarjetas prepago objeto de análisis son utilizables desde todo tipo de terminales, dado el perfil del usuario del servicio cuyo rasgo fundamental es la condición de desplazado, y siendo que el criterio más importante de definición del mercado es la intercambiabilidad de la demanda, es preciso restringir el mercado relevante **al mercado nacional de telefonía de uso público prestada en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión.**

Por otra parte, y aunque el mercado de producto de referencia sea **el mercado de telefonía de uso público prestada en el dominio privado, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión**, cabe resaltar que las conductas objeto de análisis tienen efectos en el **mercado conexo del servicio telefónico disponible al público fijo** en el que TESAÚ ha sido declarada dominante por esta Comisión.

2. Mercado geográfico de referencia



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según jurisprudencia consolidada y tal como pone de manifiesto la Comisión Europea en las Directrices⁶ en el párrafo 56, *“el mercado geográfico pertinente comprende un área en la cual las empresas afectadas participan en la oferta y la demanda de los productos o servicios pertinentes, las condiciones de competencia son similares y puede distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas de las condiciones de competencia prevalentes”*.

Respecto del mercado geográfico de referencia, es plenamente aplicable lo establecido por esta Comisión en la Resolución de 30 de diciembre de 2004, la cual se cita a continuación:

“La definición del mercado geográfico de los servicios de telefonía de uso público tiene una particularidad: una vez que una determinada empresa de telefonía de uso público ha instalado su terminal en un cierto recinto, esta empresa pasa a ser la única proveedora de estos servicios en el interior del espacio físico constituido por tal recinto. Por tanto, ante incrementos de precio de este servicio, la alternativa de provisión se hace difícil, ya que el usuario se vería obligado a desplazarse al exterior de dicho local. Este hecho es de especial relevancia en el dominio público sujeto a concesión, como es el caso de instituciones penitenciarias, recintos militares u hospitales, en el que los consumidores tienen en muchos casos restringida su capacidad de desplazamiento al exterior de los mismos.

El anterior argumento daría razones para una definición estrecha del mercado en función de la influencia geográfica de cada terminal. El Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) adoptó un enfoque similar en el informe sobre el expediente de concentración de Carrefour/Promodès⁷. En dicho informe, el TDC reconocía que “los consumidores finales tienen limitado el espacio geográfico en el que es razonable desplazarse para efectuar una compra determinada”. Aplicando este razonamiento, se determinó una definición geográfica en función de la cobertura, en términos de tiempo de desplazamiento, de cada establecimiento.

Ahora bien, el propio TDC y la Comisión Europea, en casos parecidos⁸, reconocen que la competencia entre los operadores presentes en mercados similares no se produce al nivel local únicamente, sino que los operadores enfrentan restricciones al nivel nacional⁹.

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

⁶ Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2002/C 165/03).

⁷ Expediente C 52/00.

⁸ Véanse asuntos Rewe/Billa (DOC C 306 de 15/10/1996) o Rewe/Meinl (DOC L 274 de 23/10/1999).

⁹ Así lo consideró el TDC en la Resolución del expediente 350/94, Teléfonos en Aeropuertos, donde definió el mercado nacional español, a pesar de que la conducta de TESAÚ era similar a la analizada en el marco del presente expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta competencia previa a la prestación del servicio evidentemente no se limita al citado ámbito de influencia del terminal de uso público. De esta forma, todas las empresas competirán para conseguir instalar su terminal a cambio de precios más económicos (debe tenerse en cuenta que el titular del local también puede ser consumidor de las comunicaciones ofrecidas en dicho terminal) y mayor remuneración para el establecimiento. Por el contrario, desde esta perspectiva, existirían razones para considerar el mercado al nivel nacional.

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

En conclusión, **el mercado de referencia considerado en el presente procedimiento está constituido por el mercado nacional de telefonía de uso público prestada en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión.**

3. Posición del Grupo Telefónica en los mercados definidos

Con carácter previo a la determinación de la posición de TESAU en el mercado afectado, es preciso destacar que a los efectos de aplicar las normas de Derecho de la competencia, cuando un grupo de sociedades constituye una "unidad económica", en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, **existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia**. Téngase en cuenta que cuando una filial lo es al 100% en relación con la matriz, puede presumirse la falta efectiva de independencia económica¹⁰.

Esta parece ser la situación de TTP que es una "empresa del sector de la telefonía pública cuyo objeto principal es la explotación de terminales telefónicos de uso público en recintos privados, y en dominio público sujeto a concesión"¹¹, y Telefónica en el marco del actual procedimiento. Así, podría afirmarse que TTP carece de independencia de comportamiento con respecto a Telefónica en tanto que esta empresa controla el 100% del capital de la primera.

¹⁰ Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2001, sobre Tarifa plana de Terra y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999, interpretando la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria, Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1974, ICI y Commercial Solvents c. Comisión.

¹¹ Véase escrito de 26 de febrero de 2003 de TTP en el marco del expediente que concluyó con la Resolución de 5 de junio de 2003 por la que se aprueba la contestación a la consulta de la Asociación de Operadores de Telefonía de Uso Público y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. con respecto a la compensación por la realización de llamadas a numeración gratuita para el llamante desde sus terminales. (OM 2003/400)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, y sobre la base de que las empresas del Grupo Telefónica se comportan como una unidad económica, resulta pertinente considerarlas como una sola empresa a los efectos del análisis de competencia.

3.1. Posición del Grupo Telefónica en el mercado de telefonía de uso público

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una empresa tiene posición de dominio en un mercado de referencia, cuando ostenta una posición de poder económico que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar en gran medida de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y en definitiva a sus consumidores.

La posición del Grupo Telefónica en el mercado de la telefonía de uso público ha sido analizada por esta Comisión en varias ocasiones. Hoy por hoy, y con los datos actualizados de que dispone esta Comisión, sigue siendo válido el análisis expuesto en las Resoluciones de 30 de diciembre de 2004 y de 31 de marzo de 2005, que se reproduce a continuación.

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

En relación con la interpretación de los indicadores anteriores, y según jurisprudencia consolidada, cuotas de mercado superiores al 50% atestiguan la existencia de una posición de dominio¹². Adicionalmente, cabe poner de manifiesto que la posición del operador con mayor cuota con respecto al resto de sus competidores también es relevante¹³. Sin embargo, y tal como señala el Tribunal de Justicia Europeo en la citada Sentencia United Brands, es cierto que la cuota de mercado, aún siendo un indicador de la posición de dominio, no debe ser el único parámetro a considerar para evaluar el poder de mercado ostentado por un cierto operador.

Así, además de la cuota de mercado, las Directrices¹⁴ aportan una serie de criterios adicionales para determinar la capacidad de una empresa para comportarse de manera independiente de sus competidores y clientes.

El análisis de otros factores adicionales fue llevado a cabo por esta Comisión en la ya citada Resolución de 22 de diciembre de 1998:

¹² Vid. Apartado 75 de las Directrices, así como diversas Sentencias, por todas, *Asunto Hoffmann-la Roche/Comisión*, apartado 41.

¹³ Así lo puso de manifiesto el Tribunal de Justicia Europeo en el caso 322/81 (*Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v Comisión*). En aquella ocasión, se estimó que el hecho que el rival más cercano de Michelin únicamente contara con una cuota de mercado del 4% hacía que la posición de esta empresa fuera más fuerte de lo que la cuota indicaba.

¹⁴ Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2002/C 165/03).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Para mayor abundamiento y en línea con lo señalado anteriormente, no puede obviarse la importancia, a efectos de penetración y posicionamiento en los mercados, de ostentar la condición de filial del operador dominante en el sector de telecomunicaciones. A nadie se le oculta las ventajas que ello reporta en términos de sinergias, dimensión financiera, experiencia, tarjeta de presentación,... Desconocer estas consideraciones supondría ignorar la realidad de todos aquellos mercados de tradición monopolística que han sido posteriormente liberalizados, como el español.”

En efecto, la situación en el mercado de TTP y su capacidad de competir están, sin duda, favorecidas por los elementos anteriormente expuestos y que no habrían variado con respecto a 1998.

*Otro elemento importante a la hora de evaluar la posición de dominio de un operador son las **barreras a la entrada** existentes en un determinado mercado. Así, la Comisión Europea estima que “de hecho, la ausencia de barreras de acceso actúa, en principio, como elemento disuasorio de un comportamiento anticompetitivo independiente por parte de una empresa con una cuota de mercado significativa”¹⁵.*

Por lo que respecta a los terminales de uso público instalados en el dominio privado como actividad secundaria las barreras a la entrada son reducidas. Así, dichos agentes compiten mediante el canon que se abona al propietario del local para que les permita la instalación del terminal. Dado que el resto de los requisitos para dicha instalación son mínimos, cabe concluir que no existen barreras importantes en esta categoría que limiten la entrada de nuevos competidores en este mercado.

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

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

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

De igual forma, el dominio público sujeto a concesión también presenta barreras a la entrada aunque menores que la anterior dado que dichas concesiones suponen

¹⁵ Véanse Directrices de la Comisión Europea, párrafo 80.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contratos a largo plazo, lo que liga al cliente con el proveedor y dificulta la entrada al mercado. Ahora bien, en la medida que dichas concesiones expiren, los agentes presentes en el mercado partirán de una situación similar.

*En consecuencia, dado que el mercado engloba los tres tipos de actividades, **cabe concluir que el grupo Telefónica es una empresa dominante en el mercado nacional de la telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público y dominio público sujeto a concesión**¹⁶.*

3.2. Posición de TESAU en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público:

TESAU fue declarada operador con dominante o con Poder Significativo de Mercado por esta Comisión en su Resolución de 11 de septiembre de 2003, de acuerdo con la legislación sectorial de telecomunicaciones y en particular con la antigua Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Si bien el análisis para la declaración de operador dominante en la terminología de la antigua LGTel no se hizo en base al Derecho de la Competencia, al proceder a analizar la posición de TESAU en dicho mercado a la luz del derecho de la Competencia y con los datos actuales, se puede concluir sin lugar a dudas que TESAU mantiene la condición de operador dominante por los siguientes motivos:

- Su cuota de mercado es superior al 65% en todos los segmentos del mercado de referencia, lo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Derecho de la Competencia, es indicativo de posición dominante¹⁷;
- El grupo empresarial al que pertenece TESAU es el más importante del sector de las comunicaciones en España;
- TESAU cuenta con la propiedad de una infraestructura, la red de acceso de nivel nacional, que de acuerdo con las inversiones necesarias para su despliegue, se considera de difícil duplicación;
- El poder de la demanda es muy limitado y no puede, en general, restringir el comportamiento comercial de TESAU;
- TESAU está integrado verticalmente y tiene una posición muy relevante, normalmente de liderazgo, en la mayoría de las

¹⁶ Ver Resolución de 20 de noviembre de 2003 sobre la supresión, por parte de TTP del acceso a numeración gratuita para el llamante desde sus terminales de uso público.

¹⁷ Vid. Apartado 75 de las Directrices, así como diversas Sentencias, por todas, *Asunto Hoffmann-la Roche/Comisión*, apartado 41: cuotas de mercado superiores al 50% atestiguan la existencia de una posición de dominio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

actividades conexas relacionadas con el sector de comunicaciones electrónicas, en especial, el servicio de acceso.

- Si bien existe una amenaza de entrada real, los mercados de referencia cuentan con elementos estructurales que hacen factible el comportamiento estratégico de TESAU, incluso en presencia de regulación asimétrica en otros mercados, como es el caso.

SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS DE TESAU A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Consecuencias de ostentar una posición de dominio en el mercado de referencia. Prohibición de su abuso

Tal y como se ha reiterado tantas veces por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y decisiones de las autoridades competentes en materia de defensa de la competencia, la posición de dominio no es en sí objeto de sanción, pero de ella se deriva la imposición a la empresa que la ostenta unas particularidades en cuanto a su ámbito de actuación.

Dichas particularidades se concretan básicamente en que no resultan admisibles comportamientos de la misma que no plantearían objeción alguna en caso de ser ejecutados por empresas sin dicha posición de dominio. Así, el Tribunal de Justicia de la CE (en lo sucesivo, TJCE), ha establecido que incumbe a la empresa en posición dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada (sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461).

En suma, las empresas en posición de dominio tienen una especial responsabilidad de que sus actuaciones y comportamientos no perjudiquen la posibilidad de una competencia efectiva, resultando inadmisibles en consecuencia tales actuaciones aun cuando serían aceptables en empresas que no ostentaran dicha posición.

En cualquier caso no es necesaria la existencia de culpa o intencionalidad por parte de la empresa en posición de dominio, tal y como recoge la reseñada sentencia del TJCE *British Gypsum*, «este Tribunal recuerda que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo (sentencia *Hoffmann-La Roche*, antes citada, apartado 91) y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 82 del Tratado CE, al margen de cualquier culpa.

2. Valoración de las conductas de TESAU objeto del presente expediente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.1. Aplicación discriminatoria de descuentos encubiertos

Las inspecciones llevadas a cabo por esta Comisión en el ámbito del presente expediente confirman que los Agentes Distribuidores de TESAU están 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 entiende que empresas con una estructura financiera tan débil como la de los agentes distribuidores son incapaces de asumir unos márgenes negativos como los que se presentarían en el caso que nos ocupa durante un periodo tan prolongado en el tiempo. Ese comportamiento sólo puede explicarse a partir de la existencia de algún tipo de contraprestación o descuento encubierto a sus llamados “agentes Distribuidores”, como ha quedado acreditado con la existencia de una retribución a dichos revendedores, que constituye de facto un descuento encubierto no autorizado, según se analiza en el apartado V de esta Resolución. Por lo tanto, TESAU además de incurrir en una vulneración de la legislación tarifaria vigente, estaría llevando a cabo prácticas anticompetitivas.

Estas prácticas no suponen una novedad en la estrategia del Grupo Telefónica, por el contrario, el Grupo Telefónica ha desarrollado estrategias similares en el pasado “de forma sistemática” y además, a través de los mismos revendedores. De hecho, la identidad de los Agentes Distribuidores beneficiados por TESAU en las condiciones de reventa coincide en gran medida con los revendedores que se beneficiaron de condiciones discriminatorias para la reventa a locutorios: TTP, Comercial Lefer, Sol Telecom, Instant Telecom y Amigophone.

Con anterioridad, esta Comisión ya constató que, por un periodo prolongado, TESAU no dio traslado en absoluto del recargo a sus revendedores seleccionados. No obstante, y pesar de que la intervención de esta Comisión puso fin a la situación, los precios de venta al público de dichos revendedores siguieron situándose por debajo de los precios mayoristas regulados de TESAU, en concreto de la oferta “Masterbono Proveedores”. Esta Comisión entiende que la mencionada distorsión tan sólo puede estar basada en la existencia de descuentos encubiertos, no justificados ni económica ni contablemente, en los contratos que vinculaban a TESAU y a los agentes distribuidores.

En Resolución de 31 de marzo de 2005 se constató la existencia del descuento paralelo e impuso a TESAU la obligación de modificar los contratos formalizados con sus “Agentes distribuidores”, eliminando descuentos camuflados contrarios a la regulación en materia de precios. Más allá, esta Comisión decidió incoar un expediente sancionador contra TESAU en virtud de lo dispuesto en los artículos 53.s) y 53.v) de la Ley 32/2003. No obstante, a pesar de la incoación del referido expediente y de la adopción de otras medidas cautelares en la Resolución de 10 de noviembre los “Agentes distribuidores” de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU siguen comercializando sus servicios a precios muy por debajo de los precios mayoristas regulados de su proveedor, TESAU.

Por otra parte, hay que señalar que los “Agentes distribuidores” de TESAU son meros revendedores del servicio mayorista de TESAU con capacidad para fijar sus propias políticas tarifarias y estructuras de precios, aunque están sujetos a las obligaciones de suministro de información contempladas en el artículo 9 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre. En este contexto, los revendedores asumen como coste principal el precio del servicio mayorista de TESAU, al que suman los costes propios de la comercialización y un margen para beneficios, y en función de estas variables, fijan sus precios al usuario final. El precio minorista, por lo tanto, ha de situarse necesariamente por encima del precio del servicio mayorista sobre el que se construye.

Dados los precedentes tanto en el segmento de locutorios como en el segmento de tarjetas, la política de precios de los revendedores debe ser considerada como una prueba de la existencia de una distorsión en la cadena de valor, como un indicio de que los “Agentes Distribuidores” se están beneficiando de precios mayoristas más reducidos de lo esperado.

De hecho, esta ha sido la posición tradicional de esta Comisión, que ha establecido con anterioridad que *“al estar la tarifa de [el revendedor] por debajo de las tarifas de TESAU existen indicios más que relevantes de que se estaría por debajo de los costes medios variables. Si bien no existen datos para determinar los costes medios totales de [el revendedor], tal y como se ha señalado en los párrafos precedentes, la Oferta de [el revendedor] constituye un elemento más de las recientes actuaciones de TESAU sobre el mercado de la telefonía de uso público tendente a captar para el Grupo Telefónica todo el tráfico posible de las empresas de telefonía de uso público, con lo que existiría el elemento volitivo necesario para declarar la existencia de una práctica abusiva.”* Resolución adoptando medidas cautelares con respecto a la “Oferta de servicios de telecomunicaciones públicas para locutorios” de Telefónica Telecomunicaciones Públicas. (Expediente OM 2002/6634).

En este contexto, es importante señalar que los Agentes Distribuidores de TESAU, como clientes mayoristas revendedores, tienen libertad para fijar precios por sí mismos independientemente de la política tarifaria a que se ve sometida TESAU. En particular los revendedores son capaces de gestionar la plataforma sobre la que se prestan los servicios de tarjetas soporte, en concreto, los revendedores controlan variables tales como: precio, unidad de tarificación, número de minutos por destino, coste de mantenimiento, etc.

Se entiende pues que el hecho de que los revendedores de TESAU mantengan sus precios minoristas por debajo del precio mayorista de TESAU y que dicha política tarifaria se haya mantenido en el tiempo durante más de un año, ha de ser valorado como una prueba de la existencia de descuentos encubiertos por



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte de TESAU no basados en criterios de ahorro de costes ni basados en la legislación tarifaria vigente.

Con la aplicación de dichos descuentos TESAU está impidiendo competir en iguales condiciones a los demás agentes del mercado, ya que si éstos trataran de configurar ofertas como las aplicadas por los revendedores de TESAU, se verían abocados a vender sin obtención de margen comercial alguno, e incluso por debajo de sus costes.

Los contratos existentes entre Telefónica y sus agentes distribuidores pueden considerarse como un acuerdo vertical dado que suponen un acuerdo *“suscrito entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”*¹⁸.

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

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

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

De particular importancia para el procedimiento de referencia es la discriminación que como operador dominante Telefónica no puede ejercer en la

¹⁸ Ver Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales. (2000/C 291/01)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

determinación de las condiciones retributivas a sus agentes distribuidores. Ya se ha referido esta Comisión anteriormente a la prohibición que se impone al operador dominante, de discriminar, entendiéndose por tal, la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva. Para que este trato diferenciado sea calificado de discriminación abusiva debe carecer de una justificación objetiva¹⁹ y debe provocar una desventaja competitiva al resto de agentes presentes en el mercado.

Cabe señalar que las razones objetivas apuntadas anteriormente se suelen identificar con factores económicos objetivos²⁰ y, en particular, se relacionan generalmente con los costes de prestación del servicio²¹. Por este motivo, esta Comisión estableció en la citada Resolución de 24 de abril de 2003 que *“la remuneración que el Suministrador Homologado reciba de TESAU por la efectiva prestación de los servicios relacionados con la gestión de locutorios deberá, (...) establecerse únicamente en función del ahorro de costes que le genere a TESAU la prestación de dichos servicios por parte del Suministrador Homologado, y ello de conformidad con la racionalidad económica que subyace a la citada figura y a la que se ha hecho referencia en la presente Resolución.”*.

En el ámbito del presente expediente esta Comisión considera que todos los Agentes Distribuidores son realmente clientes mayoristas revendedores de tráfico y no meros distribuidores, por lo que el descuento encubierto que les aplica TESAU discriminando respecto de los mayoristas de otros operadores no se encuentra justificado. Tampoco se justifica que, en el caso de las tarjetas objeto de estudio, TESAU distinga entre revendedores y meros distribuidores a los que podría retribuir en función de la reducción de costes que éstos últimos le generasen, por lo que no existe justificación alguna para remunerar a ninguno de sus distribuidores.

Por lo tanto, esta Comisión concluye que resulta probado que TESAU está llevando a cabo prácticas que constituyen un abuso de su posición de dominio en el mercado de la telefonía de uso público consistentes en la aplicación de precios discriminatorios no justificados a sus clientes mayoristas revendedores del servicio telefónico disponible al público mediante tarjetas prepago, mediante la aplicación de descuentos

¹⁹ Véase sentencia del TJCE de 24 de junio de 1986 As. 53/85 *Akzo*.

²⁰ Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pack International SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, confirmada por la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996 y Sentencia del TPI de 1 de abril de 1993, *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd c. Comisión* confirmada por el TJCE el 6 de abril de 1995 en la que se dice que diferencias de tratamiento entre distintos clientes por parte de una empresa en posición dominante deben justificarse por razones objetivas. En la misma línea las Decisiones de la Comisión de 10 de febrero de 1999 *Aeropuertos Portugueses y Imailulaitos/Luftfartsverket* sobre sistema de descuentos no objetivos.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

encubiertos contrarios a la regulación de precios a la que TESAU se encuentra sujeta.

2.2. Refuerzo de la posición dominante en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público

La gravedad del problema estriba en que las prácticas llevadas a cabo por TESAU al aplicar descuentos encubiertos a sus revendedores o clientes mayoristas para la comercialización de tarjetas de prepago en el mercado de la telefonía de uso público, tiene efectos perversos en el mercado conexo del servicio telefónico fijo disponible al público. Efectivamente, TESAU utiliza su posición de dominio en el mercado del servicio de telefonía de uso público para, a través de las referidas prácticas, reforzar su posición de dominio en el mercado conexo del servicio telefónico fijo disponible al público. Dicho de otra forma, TESAU aplica un trato discriminatorio hacia sus Agentes Distribuidores, haciendo que la posición de éstos sea diferente a la de los Agentes Distribuidores de otros operadores, lo que supone una concentración de todo el tráfico generado en ellos para que sea cursado por la empresa del grupo que suministra el servicio de telefonía fija, esto es, Telefónica.

En efecto, la existencia de un privilegiado régimen de precios mayoristas por parte de Telefónica a sus clientes o la existencia de descuentos encubiertos fomentan la contratación de todos los servicios paquetizados a Telefónica, de forma que se excluye la contratación de servicios a terceros operadores, que disponen de mejores precios de salida internacional. Se repite pues el efecto monopolizador del tráfico internacional, ya identificado en el pasado.

Por todo ello, se concluye que del supuesto trato discriminatorio por parte de Telefónica, pueden derivarse importantes repercusiones en el mercado. Fundamentalmente:

- (i) Los competidores de Telefónica en la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público se verán privadas del tráfico generado a través de las tarjetas telefónicas al trasladar el recargo a los suscriptores de números de red inteligente, sin compensarlo mediante descuentos encubiertos, provocando así que dichos suscriptores contraten los servicios de Telefónica, o bien asumirán el recargo como un coste propio, originando una considerable desventaja competitiva de dichas entidades frente al operador dominante.
- (ii) Las entidades dedicadas a la comercialización de dichas tarjetas se verán obligadas a contratar los servicios de Telefónica y a cursar el 100% de su tráfico por Telefónica.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, el trato discriminatorio de Telefónica hacia sus Agentes Distribuidores, refuerza la posición de dominio que Telefónica ostenta en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público deteriorando progresivamente las condiciones de competencia en el mercado ya que provoca necesariamente una continuidad en la tendencia seguida por las cuotas mensuales de mercado por ingresos tanto de Telefónica como de los restantes operadores. Como se muestra en la siguiente Figura:

[CONFIDENCIAL]

La siguiente Figura muestra la distribución del tráfico de las tarjetas prepago multidespacho de CITYCALL según el origen de las llamadas. En dicha figura se puede observar el efecto de las políticas identificadas en los expedientes anteriores y las consecuencias que las mismas han tenido sobre la comercialización de minutos a través de tarjetas por parte de CITYCALL.

[CONFIDENCIAL]

Un efecto similar se puede observar de la evolución del tráfico de terminación generado por las tarjetas prepago comercializadas por Comunitel como se desprende de la siguiente Figura:

[CONFIDENCIAL]

La comercialización de tarjetas lleva asociada la elección por parte del consumidor del operador de telecomunicaciones que cursará sus comunicaciones. En consecuencia, este operador puede ser diferente al operador de telecomunicaciones elegido por el propietario del terminal. La acción del Grupo Telefónica tiende **a reforzar su posición en el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público**, como consecuencia del trato discriminatorio hacia sus Agentes Distribuidores, haciendo que la posición de estos sea diferente a la de cualquier otro Agente Distribuidor de otros operadores, lo que supone una concentración de todo el tráfico generado en ellos para que sea cursado por la empresa del grupo que suministra el servicio de telefonía fija, esto es, Telefónica.

Por todo ello, esta Comisión adoptó medidas cautelares en su Consejo del pasado 10 de noviembre con el objeto de controlar en la medida de lo posible el número de tarjetas existentes en el mercado y activadas a través de los códigos PIN generados por Telefónica de España, SAU. En todo caso, conviene recordar a Telefónica, tal y como ya se especificó en la Resolución de esta Comisión de 28 de julio de 2005, que la citada entidad está obligada a aplicar los precios regulados según especifica la normativa vigente.

En conclusión, esta Comisión considera que las prácticas de TESAU consistentes en la aplicación de descuentos encubiertos discriminatorios



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, no se encuentran justificadas y constituye una conducta abusiva cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de TESAU en el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público.

2.3. Posibles conductas desleales

Por otra parte, esta Comisión constata que los resultados de las inspecciones realizadas en el seno del presente expediente, delatan la posible existencia de actos de engaño en la comercialización de Soportes Tipo por parte de los Agentes Distribuidores de Telefónica de España, S.A.U., ya que estarían utilizando indicaciones incorrectas o falsas, susceptibles de inducir a error a las personas a las que alcanza, sobre las ventajas realmente ofrecidas del citado producto que comercializan.

Estos presuntos actos de engaño podrían estar encuadrados en la categoría de actos desleales contemplados en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, concretamente definidos en su artículo 7. A su vez, el posible falseamiento de la competencia por actos desleales podría encontrarse tipificado en el artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Esta Comisión considera que estos posibles actos desleales podrían haber llevado a un falseamiento de la competencia con grave perjuicio para el interés público. Por tanto, estima conveniente remitir este informe al Servicio de Defensa de la Competencia, ya que la Ley 32/2003 en su artículo 48.3.e).2ª reconoce a esta Comisión dicha competencia, es decir, la facultad de poner en conocimiento del citado Servicio los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

OCTAVO.- CONFIDENCIALIDAD

Respecto de los datos o informaciones que aporten las entidades a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 32/2003 establece que *“Cada Autoridad decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

A tal efecto, cabe señalar que el artículo 46 de la mencionada Ley 32/2003 establece que, tendrá la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones, entre otras, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sobre la base del precepto anterior, esta Comisión ha analizado detenidamente la confidencialidad de los datos aportados por Telefónica y por los distribuidores de tarjetas de Telefónica y de otros operadores, así como la confidencialidad de los datos agregados que se obtienen de los aportados y que se recogen en esta Resolución.

El resultado obtenido es el siguiente:

- i. Los datos a los que se refiere esta declaración de confidencialidad son relativos a la distribución de ingresos y de números de tarjetas comercializadas tanto por Telefónica y sus Agentes Distribuidores como por los Agentes Distribuidores de otros Operadores, así como toda la información relativa al número de minutos vendidos, precios por destino a cada cliente e ingresos obtenidos para cada destino por la venta de dichos minutos presentada por Telefónica en cumplimiento del Resuelve quinto de la Resolución de 28 de julio de 2005.
- ii. También será confidencial el apartado tercero y cuarto de la presente Resolución.

Debe declararse la calificación de confidencial de los referidos datos, pues los mismos contienen información de especial carácter estratégico, constitutivo de secreto comercial. En efecto, el análisis ha revelado que el posible beneficio que podría aportar al resto de interesados conocer tal información, es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial de los operadores cuyos datos se proporcionan, se podrían producir con la revelación del contenido de los apartados citados. A tales efectos, debe tomarse en consideración que, por una parte, la no declaración de confidencialidad supondría suministrar información de una entidad a sus directos competidores en un mercado tan dinámico y, por otra parte, el contenido de los datos es extremadamente sensible por cuanto revela información relevante sobre la situación de cada uno de los operadores en el mercado y su evolución (número concreto mensual de tarjetas vendidas, número de ingresos obtenidos, etc..).

Por ello, se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución respecto de todos los interesados y terceros del presente procedimiento.

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

RESUELVE



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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.

Cuarto.- Con el objeto de asegurar que no se producen más distorsiones a la competencia, Telefónica de España, S.A.U. deberá solicitar a esta Comisión la autorización necesaria para generar los códigos PIN de cada una de las tarjetas de prepago.

Para ello, deberá aportar la siguiente información relativa a la tarjeta que el Agente Distribuidor pretende comercializar:

- Nombre comercial de la tarjeta
- Coste de mantenimiento diario
- Recargo para llamadas desde terminales de uso público, así como las particulares para cada destino, en particular, los precios por minuto, el coste de establecimiento, y el sistema de facturación (segundos, minutos, etc).

Quinto.- Telefónica de España, S.A.U. deberá aportar en los diez días siguientes a la notificación de esta Resolución información relativa al número de PINES generados en los últimos tres meses, identificando la tarjeta comercial a que ha dado lugar y el Agente Distribuidor que solicitó dicho PIN.

Sexto.- Con el objeto de resolver sobre la posible existencia de actos desleales, en concreto actos de engaño en la comercialización de Soportes Tipo por parte de los Agentes Distribuidores de Telefónica de España, S.A.U.,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esta Comisión considera necesario dar traslado del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia al mostrar indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y estar esta medida contemplada en el artículo 48.3.e).2ª) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. A su vez, al vulnerar estos hechos la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concreto su Capítulo III (*“Protección de los intereses económicos y sociales”*), esta Comisión remitirá la presente resolución al Ministerio de Sanidad y Consumo para que en caso de estimarlo conveniente tome las medidas oportunas en base a asegurar los derechos de los consumidores y usuarios, obligación ésta impuesta por mandato constitucional (artículo 51 de la Constitución Española).

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

Octavo.- Se declara la confidencialidad de los datos así señalados en la propia Resolución para los interesados y terceros del presente procedimiento.

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

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

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera