

RESOLUCIÓN (Expte 610/06, Tarjetas prepago de Telefónica)

Pleno

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D^a M^a Jesús González López, Vocal
D^a Inmaculada Gutierrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 1 de marzo 2007.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Sra. González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador 610/06 (2553/04, del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por la denuncia formulada por CITYCALL TELECOMUNICACIONES, S.L. contra GRUPO TELEFÓNICA, por conductas presuntamente prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de octubre de 2004 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia, (en adelante, el Servicio, SDC) escrito de denuncia de CITYCALL TELECOMUNICACIONES, S.L. (en adelante CITYCALL), contra el Grupo Telefónica, en concreto contra Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (en adelante TTP) y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica o TESAU), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia y por el Tratado de la Comunidad Europea, consistentes en un abuso de posición de dominio del Grupo Telefónica en los mercados de telefonía de uso público y de telefonía fija disponible al público por predación de precios, empaquetamiento o vinculación en la venta de servicios y discriminación a favor de sus Agentes Distribuidores.

CITYCALL denunciaba al Grupo Telefónica por la realización de ofertas mayoristas, a un grupo limitado de revendedores de tarjetas prepago (Agentes Distribuidores), del servicio telefónico fijo disponible al público a precios por debajo de los costes variables de prestación del servicio, al no dar traslado del recargo por el uso de cabinas para llamadas a números gratuitos introducido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT), al tiempo que sí trasladaba dicho recargo a los competidores en el mercado de telefonía que contratan diferentes servicios mayoristas ofrecidos por TESAU.

2. Tras realizar una información reservada de conformidad con el artículo 36.3 de la LDC, el 8 de marzo de 2005, la Directora del Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC contra TESAU y TTP del Grupo Telefónica.
3. En escrito de alegaciones remitido el 14 de noviembre de 2005, CITYCALL, describe una serie de hechos posteriores a la denuncia, entre los que destaca que TESAU, al tener que cobrar a sus distribuidores el recargo por el uso de cabinas para llamadas a números gratuitos, *“en paralelo introdujo un nuevo descuento, en forma de retribución por la prestación de unos supuestos servicios. Así se explica como los agentes pueden vender a precios por debajo de los precios mayoristas regulados de TESAU sin incurrir en pérdidas”*.
4. El 18 de enero de 2006, el SDC emitió el Pliego de Concreción de Hechos del que se dio traslado a las partes el 20 de enero de 2006.
5. El 2 de marzo de 2006, el SDC dictó el Informe–Propuesta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.3 de la LDC, fue remitido junto con el expediente, a este Tribunal el 6 de marzo, con la siguiente propuesta:

“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a. *Se declare que el retraso en la aplicación del recargo por la utilización de terminales de uso público en llamadas gratuitas para el usuario llamante a los Agentes Distribuidores de Telefónica constituye una*

conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC y 82 del TUE de la que se considera responsable al Grupo Telefónica a través de Tesau y TTP.

- b. Se declare que el contenido de los contratos firmados entre Telefónica y sus Agentes Distribuidores para la distribución comercial de soportes de pago y para la adquisición de servicios de tarjetas prepago multidestino para prestación del servicio telefónico disponible al público, constituyen conjuntamente una conducta abusiva de la posición de dominio que ostenta el Grupo Telefónica. Las condiciones fijadas en estos contratos establecen una relación entre ambos que distorsiona la competencia en el mercado, pues el sistema de remuneración a los Agentes Distribuidores incentiva a ofrecer unos precios a los usuarios finales bajos e incluso inferiores a los que paga a Telefónica, los cuales están regulados. El efecto conjunto de esta conducta en el mercado nacional de la telefonía de uso público prestada en dominio privado, en dominio público y en dominio público sujeto a concesión y en el servicio telefónico fijo asociado a él, en el que el Grupo Telefónica tiene posición de dominio, resulta abusivo, pues en definitiva se está ofreciendo un servicio prestado por el Grupo Telefónica con precios que pueden estar por debajo de los regulados gracias a las condiciones económicas establecidas, por lo que se trataría de una conducta prohibida por los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE de la que se considera responsable al Grupo Telefónica a través de Tesau y TTP.*

- c. Se declare que el contenido de los contratos firmados entre Telefónica y sus Agentes Distribuidores para la distribución comercial de soportes de pago y para la adquisición de servicios de tarjetas prepago multidestino para prestación del servicio telefónico disponible al público, constituyen conjuntamente una conducta abusiva de la posición de dominio que ostenta el Grupo Telefónica, al establecer una relación entre ambos que distorsiona la competencia en el mercado pues fomenta la exclusividad en las relaciones entre ambos y tienen un efecto fidelizador ya que se incentiva a los Agentes Distribuidores a que sólo adquieran tráfico de Telefónica frente a otros operadores. Con ello se distorsiona la competencia en el mercado nacional de la telefonía de uso público prestada en dominio privado, en dominio público y en dominio público sujeto a concesión y en el servicio telefónico fijo asociado a él, en el que el Grupo Telefónica tiene posición de dominio, por lo que se trataría de una conducta prohibida por los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE de la que se considera responsable al Grupo Telefónica a través de Tesau y TTP.*

- d. *Se intime al Grupo Telefónica para que en el futuro se abstenga de realizar estas prácticas prohibidas.*
- e. *Se ordene a las imputadas que difundan el texto de la resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.*

Segundo.- *Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la LDC.”*

- 6. El 13 de marzo de 2006, el Servicio remite escrito de ORBITEL COMUNICACIONES LATINOAMERICANAS S.A.U (en adelante ORBITEL) en el que solicita ser considerado como parte interesada en el expediente.
- 7. Mediante providencia de 16 de marzo de 2006, el Tribunal acordó admitir a trámite el expediente (con el número 610/06), nombrando ponente a D. Antonio Castañeda Boniche, y ponerlo de manifiesto a los interesados para que en el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 de la LDC, puedan solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimen conveniente. En el mismo acto se acuerda aceptar la solicitud de ORBITEL como parte interesada y se accede a que se tenga como confidencial el punto 7 de su escrito, que en esta condición se incluye en el expediente.
- 8. Por Providencia de 6 de abril de 2006, se prorroga 8 días hábiles el plazo de Prueba y Vista a todos los interesados en el expediente. La petición de prórroga había sido solicitada por Telefónica de España, S.A.U., el 5 de abril de 2006 y posteriormente por CITYCALL, el 7 de abril.
- 9. En el trámite de prueba y vista comparecieron la representación legal de CITYCALL, escrito de 18 de abril de 2006; de Telefónica España, S.A.U, escrito de 3 de mayo de 2006; de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U, escrito de 9 de mayo de 2006; y de Comunitel Global, S.A. Este último se limitó a tomar vista del expediente el 19 de abril de 2006.

10. Por Providencia de 20 de julio de 2006, comunicada a los interesados, el Pleno del Tribunal acuerda el cambio de ponente por finalización del mandato del anterior, designando a D^a. María Jesús González López.
11. Por Auto de 26 de octubre de 2006, notificado a los interesados, el Tribunal acordó lo siguiente sobre las pruebas y vista solicitadas por CITYCALL y Telefónica:

“PRIMERO.- Tener por definitivamente unidos al expediente los documentos aportados en el escrito de propuesta de pruebas a los que se refieren los apartados 9.1; 9.6, y 10.1, así como los que constan en el expediente tramitado por el Servicio con el número 2553/04.

SEGUNDO.- Admitir los medios de prueba propuestos por las partes que se recogen en los puntos 8.1 c); 9.3; 9.4 de los ANTECEDENTES DE HECHO, y proceder a los requerimientos de información, concediendo un plazo de 15 días para aportar la información solicitada y recordando las obligaciones de colaboración del artículo 29 de la LDC.

TERCERO.- No admitir por considerarlos no pertinentes para el objeto del expediente los medios de prueba que se recogen en los puntos 8.1 a), b) y d); 8.2; 9.2; 9.5 de los ANTECEDENTES DE HECHO.

CUARTO.- Oficiar a la CMT para que a los efectos de resolución del expediente, remita en el plazo de 15 días información sobre la evolución mensual del tráfico -minutos- de terminación internacional, desde enero de 2004 a marzo de 2006, con el siguiente desglose:

a) Por destino final, grandes áreas geográficas de destino.

b) Por origen de la llamada, distinguiendo entre teléfono fijo y móvil. Y dentro de las llamadas que tienen origen en teléfono fijo, los minutos que corresponden a llamadas realizadas desde terminales de uso público, locutorios y domicilios particulares.

c) Por forma de pago, minutos realizados con tarjetas prepago en cada una de las categorías del punto anterior.

d) Por operador, minutos de tráfico de cada uno de los operadores de red activos en el mercado español según categorías de los puntos b) y c) anteriores.

QUINTO.- Rechazar el levantamiento de la confidencialidad de los documentos solicitados por TESAU a la que se hace referencia en el punto 9.8 de los ANTECEDENTES DE HECHO.

SEXTO.- Admitir la celebración de Vista en la fecha que señalará el Tribunal una vez que se haya cumplimentado el trámite de valoración de prueba.

SÉPTIMO.- Habilitar al Secretario del Pleno para la práctica de las pruebas acordadas en los apartados SEGUNDO y CUARTO.”

12. Mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2006, se remiten requerimientos de información a Telefónica y a la CMT, así como a los siguientes distribuidores: AMIGOPHONE, S.L; INSTANT TELEKOM SERVICES, S.L; TELECAR TELECOMUNICACIONES, S.L; CENTRO DE LOCALIZACIÓN DE MADRID, S.L. Este último (ahora denominado CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L.) en escrito de 15 de noviembre, solicita prórroga, que se le concede.
13. Las respuestas a los requerimientos de información se reciben en las siguientes fechas: TESAU, el 20 de noviembre de 2006; Telecard, el 21; Teleopen, el 22; Centro de Locutorios Madrileños 24, Instant Telekom el 28, y Amigophone el 28 de diciembre. Todos ellos solicitan confidencialidad por lo que el Pleno de 14 de diciembre de 2006, acuerda solicitar remitan versión no confidencialidad de los mismos, recibándose los nuevos textos entre el 28 de diciembre de 2006 y el 3 de enero de 2007. La CMT respondió a la solicitud de información que se le había hecho el 23 de noviembre, remitiendo información muy parcial y fragmentada, la mayor parte de la misma de carácter confidencial por haber sido obtenida en el marco de un expediente.
14. En este trámite, CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S.L. y AMIGOPHONE, S.L. solicitan ser considerados parte interesada, acordando el Pleno del Tribunal, en sus reuniones de 23 de noviembre de 2006 y 18 de enero de 2007 respectivamente, acceder a lo solicitado

en lo que se refiere a los trámites aun no realizados, lo que en Providencia de 24 de noviembre de 2006 y 22 de enero de 2007, respectivamente, fue comunicado a los interesados.

15. Según lo dispuesto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, se remitió a la Comisión Europea copia del Informe-Propuesta del Servicio, así como un resumen del caso, todo lo cual consta en expediente mediante Diligencia del Secretario del Tribunal de fecha 9 de febrero de 2007.
16. Por Providencia de este Tribunal de 12 de enero de 2007, se dio a los interesados plazo de 10 días para el trámite de resumen de prueba.
17. Por Providencia de este Tribunal de 26 de enero de 2007, que fue comunicada a todos los interesados, se fijó la fecha de la vista para el 20 de febrero a las 10 horas.
18. El día 20 de febrero de 2006, se celebró la Vista oral del expediente, en la que las partes interesadas formularon sus conclusiones, quedando visto para dictar Resolución, de todo lo cual hay constancia en el expediente mediante Diligencia del Secretario del Tribunal con el Visto Bueno del Presidente, Diligencia que concluye señalando que la Vista fue grabada en audio y que su soporte se incorpora al expediente junto con los documentos presentados por las partes a tal fin.
19. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en reunión celebrada los días 20 y 22 de febrero de 2007, encargando su redacción a la Vocal Ponente.
20. Son interesados:
 - CITYCALL TELECOMUNICACIONES, S.L.
 - TELEFÓNICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U (T.T.P).
 - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U (TESAU).
 - TELEFÓNICA, S.A
 - COMUNITEL GLOBAL, S.A.
 - MORE MINUTE COMMUNICATIONS, S.L.
 - ORBITEL COMUNICACIONES LATINOAMERICANAS, S.A.U.
 - CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S. L
 - AMIGOPHONE, S.L.

HECHOS PROBADOS

En el expediente instruido por el SDC y en las pruebas realizadas por este Tribunal consta acreditación de los siguientes hechos:

- 1º. CITYCALL, la empresa denunciante, tiene como objeto social, entre otras actividades, “los servicios de consultoría y desarrollos de telecomunicaciones; el estudio, investigación, fabricación, comercialización y desarrollo de nuevas tecnologías y productos de aplicación al mundo de las telecomunicaciones”. Su actividad en la comercialización de tarjetas telefónicas prepago, se centra en el denominado “mercado étnico” o mercado de inmigrantes residentes en España.
- 2º. TELEFÓNICA, S.A., es la empresa cabecera del Grupo Telefónica y tiene como objeto social la prestación y explotación de toda clase de servicios públicos o privados de telecomunicación. TESAU y TTP son dos empresas integradas en el Grupo y propiedad al 100% de Telefónica S.A..

TESAU tiene como objeto social la gestión y explotación en España de servicios de telecomunicaciones como el servicio telefónico fijo disponible al público (urbano, interurbano e internacional). Es una sociedad unipersonal cuyo único socio es TELEFÓNICA, S.A..

TTP es una empresa controlada al 100% por Telefónica S.A. y tiene como objeto social la comercialización, instalación, gestión y explotación de las telecomunicaciones de uso público y de los soportes, locales o servicios relacionados con los mismos. Es la titular de terminales de teléfono fijo público de pago y dominante en el mercado.

- 3º. En el momento de los hechos, Telefónica a través de TTP comercializaba tarjetas prepago propias, la denominada tarjeta multidespacho. Además tenía firmados una serie de contratos con Agentes Distribuidores que venden tarjetas prepago para la prestación del servicio de telefonía, adquiriendo a ésta los servicios mayoristas y elementos necesarios para la prestación del servicio.
- 4º. A instancia de la ASOCIACIÓN DE OPERADORES DE TELEFONÍA DE USO PÚBLICO DE ESPAÑA, (AOTEP) y TELEFÓNICA

TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A.U, del Grupo Telefónica, la CMT, por Resolución de 31 de marzo de 2004, modifica la “Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) de TESAU”, introduciendo una compensación de 4,79 céntimos de euro por minuto para las terminales de uso público por llamadas realizadas a numeración gratuita por el llamante, para retribuir el uso de las terminales que hasta ese momento no era retribuido.

La obligación de pago recae sobre los titulares de números gratuitos tipo 900 y el beneficiario del ejercicio del derecho a la compensación es la persona física o jurídica que sea titular, en régimen de propiedad, arrendamiento o similar, de uno o varios terminales telefónicos fijos públicos de pago conectados a la red telefónica pública fija, y que desarrolle una actividad por cuenta propia consistente en la puesta a disposición de terceros de dichos terminales telefónicos con la finalidad de satisfacer una demanda puntual de comunicación del usuario desde una ubicación física concreta, con independencia de quién sea el titular de la línea telefónica que dé servicio a dichos terminales.

La citada Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004 al modificar la OIR de Telefónica le impone a ésta una serie de obligaciones, entre otras la de recaudar la compensación:

“Si la interconexión es directa, el operador asignatario de los números que generan el derecho a la retribución debe abonar a Telefónica de España la cuantía íntegra correspondiente a la componente de compensación que será destinada íntegramente para retribuir al titular del terminal.

Si la interconexión es en tránsito, por una parte, el operador asignatario de los números que generan el derecho a la retribución debe abonar a Telefónica de España, como operador de tránsito, la cuantía íntegra correspondiente a la componente de compensación; por otra parte, Telefónica de España pagará al operador de acceso el importe íntegro de la compensación. Cada uno de los pagos que se efectúen entre los operadores involucrados se realizarán, sin vinculación o dependencia alguna entre sí, esto es, en cada una de las consolidaciones o facturaciones que corresponda a la fecha de la llamada realizada por el usuario a números gratuitos desde el terminal de uso público”.

Por tanto el pago del recargo es en cascada: lo paga el titular del número gratuito; es recaudado por el operador de acceso (TESAU) y pagado al titular del terminal del TUP. TTP (cuyo 100% del capital pertenece a

Telefónica) como propietario de la mayor parte de terminales de TUP es el principal beneficiario del recargo.

- 5º. El grupo Telefónica, a través de TESAU, como *operador de tráfico telefónico* que vende a mayoristas de tarjetas de numeración gratuita, no facturó a sus Agentes Distribuidores, en su momento, agosto y septiembre de 2005, el recargo de 4,79 céntimos de euro por minuto (efectivo a partir del 1 de agosto de 2004) para compensar a los titulares de terminales de uso público por el uso de los mismos para llamadas dirigidas a números gratuitos (800, 900 y cortos), previsto en la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004, y sólo empezó a facturarlo, incluido el cobro de dichos meses, después del 28 de octubre de 2004, fecha en que la CMT adoptó medidas cautelares. (folio 4314).

TESAU como “*operador de interconexión o de acceso*” sí cobró el recargo al resto de “operadores” que proveen tráfico en el mercado, para trasladárselo a su filial TTP titular de la mayor parte de los TUP.

- 6º. El Grupo telefónica, a través de TESAU tenía, en el momento de los hechos, dos tipos de contratos firmados con los Agentes Distribuidores - que comercializan en nombre propio y por cuenta propia los soportes (tarjetas) que incorporan tráfico de telefónica- que venden tarjetas prepago para la prestación del servicio de telefonía disponible al público (folio 3964 y ss).

Por el primero, los Agentes Distribuidores adquieren a TESAU los servicios mayoristas y elementos necesarios para la prestación del servicio de llamadas -acceso a los números 900, alquiler de plataforma y tráfico en minutos- que venden a los usuarios finales incorporado en las tarjetas prepago. El tráfico en minutos TTESAU se lo cobra al “*precio vigente con descuentos aprobados en cada momento*” (Masterbono en aquel momento).

Por el segundo contrato, TESAU remunera a los Agentes Distribuidores por comercializar productos prepago para consumo de su servicio telefónico básico. El esquema de remuneración de estos servicios a los ADs, ha tenido al menos dos versiones. Desde 2003 a 2005 TESAU paga una cantidad fija por Soporte Tipo y una parte variable en función de unos objetivos prefijados. El número de Soportes Tipo se calcula como el número de tarjetas de valor facial 6 euros, que tendría que vender TESAU, a tarifa oficial sin descuentos, para generar el tráfico cursado por el AD. A partir de 2005, tras la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2005, y con efectos de abril, TESAU modificó los contratos,

suprimió la cantidad variable y elevó la cantidad fija por Soporte Tipo, cifra que se mantuvo, al menos, hasta noviembre de ese año.

- 7º. También consta en el expediente y en los Informes Anuales que publica la CMT, la posición de Telefónica en el mercado de telefonía fija en el momento de los hechos.

En 2004 había en España 39 operadores de telefonía fija; 18 millones de líneas (12, 5 millones residenciales y 5,5 de negocios); 101.751 millones de minutos de tráfico cursado y unos ingresos totales por servicios finales -incluidas cuotas, altas, etc.- de 8.316 Millones de euros y 5.051 mill € de ingresos por tráfico.

Telefónica seguía detentando cuotas muy elevadas en todos los segmentos de la telefonía fija y a gran distancia de sus competidores: 87,2 % de los accesos (15 millones de la líneas); 79% de los ingresos totales (6.572 Mill de €) y 66% de los de internacional; 70 % del tráfico total y 53% del tráfico internacional.

Y aunque el tráfico total de telefonía fija, medido en minutos sigue una tendencia descendente desde el 2002, probablemente por la sustitución por el móvil, no es ese el caso de las llamadas internacionales que crecen y pasan de tener una cuota del 2% del tráfico total fijo al 5% en el 2005. Los ingresos por llamadas de terminación internacional siguen igual tendencia, aunque menos pronunciada. En todo caso la cuota de ingresos del segmento internacional es del 15% en 2005, superior a su cuota de tráfico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del expediente es analizar el posible abuso de posición de dominio llevado a cabo por el Grupo Telefónica en el año 2004 y siguiente por medio de las dos practicas que se le imputan realizadas a través de sus Agentes Distribuidores de tarjetas prepago de teléfono, dirigidas fundamentalmente al denominado mercado étnico o población inmigrante: 1) retraso en la repercusión a dichos Agentes de la compensación establecida para retribuir a los titulares de terminales de TUP y, 2) descuentos o pagos a dichos Distribuidores por los denominados “servicios prestados a Telefónica”.

El SDC en el Pliego de Concreción de Hechos considera que los hechos imputados, y que son los hechos declarados probados en esta Resolución,

tienen como resultado una reducción sustancial del precio que TESAU cobra a los citados Distribuidores por minuto de llamada que les vende, quedando estos precios por debajo del precio regulado que está obligada a cobrar, y los califica como conductas abusivas tipificadas en el artículo 6 de la LDC y 82 del TCE, en los siguientes términos:

“[1].....

Por tanto, este Servicio considera que el retraso por parte de Telefónica en la aplicación del recargo por la utilización de TUP establecido en la Resolución de la CMT de 31 de marzo de 2004 constituye una conducta restrictiva de la competencia efectiva en 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 y un abuso de la posición de dominio que el Grupo Telefónica a través de TTP y TESAU, ostenta en dicho mercado en el sentido de los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE.

[2].....

Este Servicio considera que los contratos que Telefónica firma con los Agentes Distribuidores establecen una relación entre éstos y la operadora que distorsiona la competencia en el mercado al no establecer un sistema de remuneración orientado a los costes en que incurren los Agentes Distribuidores y al incentivarlos, a través del pago por los servicios de distribución comercial de los soportes de pago, a vender el minuto de tráfico a los usuarios finales a precios bajos e incluso inferiores a los que paga a Telefónica, lo que constituye una conducta restrictiva de la competencia efectiva en 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 y un abuso de la posición de dominio que el Grupo Telefónica, a través de TESAU y TTP, ostenta en dicho mercado en el sentido de los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE.

[3]....

El Servicio considera que los contratos que vinculan a Telefónica con los Agentes Distribuidores fomentan la exclusividad en las compras de tráfico de los Agentes Distribuidores de Telefónica para que sólo vendan tráfico de este operador, lo cual constituye una conducta restrictiva de la competencia efectiva en 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 y un abuso de la posición de dominio que el Grupo

Telefónica, a través de TESAU y TTP, ostenta en dicho mercado en el sentido de los artículos 6 de la LDC y 82 del TUE.”

SEGUNDO.- TESAU y TTP, en sus alegaciones ante este Tribunal no refutan los hechos, pero rechazan la calificación realizada por el Servicio y entiende que con las pruebas que obran en el expediente no se ha acreditado que TESAU haya abusado de su posición de dominio.

Alega que el retraso de dos meses en la aplicación del recargo ha sido imputable a la complejidad administrativa que requiere su aplicación y exhibe, como pruebas de su voluntad de cobro, las notificaciones a los suscriptores de numeración gratuita comunicándoles la repercusión del recargo y las consecuencias que del no pago pueden derivarse, el corte del acceso a las cabinas. Rechaza la imputación de discriminación y considera no probado que el resto de los operadores telefónicos facturaran dichos recargos desde la fecha de su entrada en vigor.

En cuanto a las imputaciones de exclusividad y fidelización derivadas de las condiciones de los contratos de distribución de Soportes de Pago (SP) las rechaza o alega falta de prueba. Justifica esta relación y retribución a los ADs como una estrategia comercial lícita para acceder al mercado de tarjetas prepago para inmigrantes a través de una red comercial cualificada y orientada a ese nicho de mercado y cuyas prestaciones lógicamente implican un coste. Argumenta que con dichos contratos consigue colocar tarjetas con su marca en el mercado de inmigrantes, a coste inferior al que le supondría realizar dichas acciones con recursos internos y por tanto los mismos presentan claras eficiencias no desvirtuadas en el expediente. Y rechaza que pueda considerarse abuso la mera venta por debajo de los precios regulados sin constatación de si los mismos son irreplicables por los competidores.

Finalmente, y con carácter general, TESAU y TTP niegan la adecuación de la definición del mercado desde el que se le imputa el abuso así como que se haya acreditado efecto alguno de las conductas sobre la competencia efectiva en el mercado.

Por lo que se refiere al denunciante, Citycall, insiste en que las dos prácticas llevadas a cabo por Telefónica, desde su posición de dominio en los mercados de cabinas y accesos suponen un abuso que tiene como resultado,

a) la exclusión de los competidores en el mercado mayorista de terminación.

b) la exclusión de los competidores en los mercados minoristas de telefonía desde terminales públicos, como es su caso.

TERCERO.- Antes de entrar a analizar por este Tribunal el comportamiento de TESAÚ desde la sola óptica de la normativa de competencia es oportuno responder a sus alegaciones, (pág.180 y ss del SDC) en las que, trasponiendo al ámbito administrativo la doctrina penal (STS 234/1991, de 10 de diciembre) alega la concurrencia de *non bis in idem* porque dice se trata de conductas ya analizadas en el ámbito de las competencias de la CMT y relacionadas con las cuales existen sanciones del órgano regulador.

Los órganos jurisdiccionales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de actuación, no excluyente, de la CMT y este Tribunal, sobre actuaciones en el sector de las telecomunicaciones.

Recientemente, la STS de 1 de febrero de 2006, que hace un detenido análisis de las competencias CMT en la normativa vigente, delimita sus facultades cuando recoge en el Fundamento de Derecho séptimo, lo siguiente: *“Se da la doble paradoja, además, de que: a) la circular aprobada define en términos generales una modalidad de infracción anticompetitiva que la propia CMT no puede apreciar ulteriormente por sí misma de modo jurídicamente efectivo, pues carece de facultades al respecto; y b) que la definición de modalidad de abuso de posición de dominio hecha en la circular tiene carácter vinculante para sus destinatarios, pero ni lo tiene ni lo puede tener para el Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente de la Administración del Estado para determinar cuando se ha producido aquella infracción, potestad que implica, lógicamente, la de apreciar los perfiles del tipo infractor previsto en el artículo 6 de la LDC”*.

Confirma por tanto la sentencia la atribución de competencias realizada por el legislador, según las cuales este Tribunal es el único órgano administrativo competente para determinar si hay infracción a la competencia y en su caso sancionarla. La CMT por su parte, incluso en su función de velar por la competencia, actúa ex ante, imponiendo obligaciones de hacer y no hacer, y su potestad sancionadora se refiere al incumplimiento de su propia resolución de hacer o no hacer, con capacidad de sancionar los incumplimientos, pero no las prácticas anticompetitivas expost. Dicha potestad sancionadora y la sanción que se imponga está protegiendo la “autoritas” de la CMT, en el

ejercicio de las atribuciones que la Ley le atribuye para ordenar el mercado de las telecomunicaciones. Es sólo en este ámbito en el que actúa y puede actuar la CMT, constituyendo su objeto la sanción de los incumplimientos a las obligaciones específicas impuestas a los operadores por la CMT y no la imposición de sanciones a los autores de conductas tipificadas como anticompetitivas en general y en abstracto en la LDC.

CUARTO.- Asimismo, es pertinente anticipar que a los efectos del expediente y dado que el Grupo Telefónica actúa como una unidad económica, las distintas empresas Telefónica S.A, TESAU y TTP (ver HP 2º) conforman una sola empresa de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (ver Resolución de 16 de junio de 2005, expediente 580/04, Gas Natural) y del TS (Sentencia de 30 de mayo de 2006, Airtel/Telefonica, fundamento de derecho duodécimo).

Para mayor abundamiento la alegación de TTP de que su comparecencia es a título de mero interesado por no habersele notificado la incoación de expediente ni el Pliego de Concreción de Hechos (folio 436 del TDC), carece de fundamento puesto que, como consta en el folio 3138 del expediente del SDC, en fecha 20 de enero de 2006, le fue notificado el PCH al Grupo Telefónica, cuyo apoderado, siguiendo la practica habitual, remitió acuse de recibo firmado y fechado el 23 de enero del mismo año. En este caso, por tanto, debe entenderse que el Grupo Telefónica integrado por sus sociedades Telefónica, S.A. TESAU y TPP es el imputado desde el momento en que se emite el pliego de Concreción de Hechos. Sin que en ningún caso, se pueda alegar indefensión ya que al hacerse la imputación al grupo, sus integrantes, por su estructura y relaciones de dependencia, han tenido que tener conocimiento de la misma, pudiendo defenderse como tal grupo o de manera individualizada atendiendo a la intervención de cada uno en la conducta.

QUINTO.- Las conductas imputadas a Telefónica en este expediente son dos, claramente diferenciadas, retraso en el cobro del recargo para compensar a los titulares de terminales de TUP y contratos con sus Agentes Distribuidores, que incluyen unos pagos en función de las ventas de tarjetas con tráfico de Telefónica. Ambas conductas tienen en común que se realizan en el ámbito de las tarjetas telefónicas prepago.

Según el SDC el servicio telefónico mediante tarjeta prepago requiere la utilización de varios elementos:

- El terminal, que puede ser un teléfono fijo privado, un teléfono fijo de uso público (TUP) o un teléfono móvil.

- *La red de acceso.*
- *En ocasiones una red de tránsito.*
- *Servicios de terminación en un número gratuito, plataforma de gestión del tráfico u operador de red inteligente.*
- *La red de terminación, ya sea nacional o internacional.*

De la información que obra en el expediente y de las declaraciones en la vista oral resulta que los Agentes distribuidores mayoristas de tarjetas prepago, bien adquieren paquetes completos de acceso, tránsito, plataforma y terminación, como es el caso de los agentes que comercializan servicios de Telefónica, o bien pueden conformar su propio paquete adquiriendo por separado a los distintos operadores cada uno de los servicios de acceso, tráfico y plataforma, en función de precios, condiciones etc., que estos les ofrezcan.

Los Agentes de tarjetas prepago según definición de Telefónica no refutada por el denunciante en la vista, *“son mayoristas que obtienen su rentabilidad comprando al por mayor grandes cantidades de producto (minutos) para revenderlo con un margen a los usuarios finales”*. Tal como se describe más arriba el precio de los distintos elementos que conforman una tarjeta prepago dependerá de los acuerdos entre el demandante y el oferente, con una salvedad, las obligaciones que por su condición de ex monopolista y dominante en el mercado de la telefonía fija se le imponen a Telefónica por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y en cumplimiento de ésta por el Regulador de las telecomunicaciones.

En consecuencia, las empresas que emiten y venden tarjetas pueden adquirir los servicios que van incorporados en la tarjeta, y que dan derecho a realizar la llamada desde cualquier terminal, a cualquiera de los operadores que operan en España, pues aunque el acceso se realice a través de la red de TESAU, para el resto de servicios existen otros operadores en el mercado mayorista, competidores de telefónica. Y por la obligación de permitir la elección del operador, aunque las llamadas se realicen desde terminales de Telefónica y operadas por Telefónica, el tráfico lo realizará el operador incorporado en la tarjeta.

Las tarjetas prepago permiten al tenedor y usuario de las mismas utilizar el servicio telefónico desde cualquier terminal, privado o de uso público, cargando el coste a la tarjeta y no al número del teléfono desde el que se hace la llamada. Y permiten elegir un operador de telecomunicaciones distinto del que por defecto tiene el terminal, sea éste público o privado. La tarjeta prepago contiene un número telefónico, normalmente un número gratuito tipo

900, y un número de identificación o una clave. El usuario marca el número telefónico que aparece en la tarjeta y contacta con una plataforma que mediante locuciones grabadas solicita la introducción del número de identificación o clave que certifica que el usuario ha adquirido la tarjeta y el número de teléfono de destino.

De este modo la tarjeta prepago permite al usuario la elección del operador inteligente a través del cual va a realizar la llamada, desvinculándolo del operador que por defecto tenga el terminal desde el que se realice. Por tanto la adquisición de una tarjeta prepago implica también la elección del operador por parte del consumidor, haciendo irrelevante a los efectos del tráfico telefónico cursado la propiedad del terminal y el operador que por defecto tenga asignado el mismo.

A efectos de una mejor comprensión de las actuaciones llevadas a cabo por TESAU y que son el objeto de este expediente conviene extenderse en la descripción de las mismas y en los pronunciamientos de la CMT que recoge el Servicio.

SEXTO.- La primera de las imputaciones realizadas por el Servicio, es el retraso en el cobro del recargo introducido por la Resolución de la CMT de marzo de 2004 para retribuir a los titulares de los TUP.

La CMT define Terminal telefónico fijo público de pago (TUP) como *“aquel equipo de telefonía vocal que (i) esté situado en una ubicación física concreta, (ii) esté sometido a la supervisión de su titular en régimen de propiedad, arrendamiento o similar, (iii) permita al público en general acceder al servicio telefónico fijo, (iv) esté conectado en un punto de terminación de la red pública telefónica fija titularidad del operador que provea el acceso a la misma y (v) pueda hacerse uso de él utilizando medios de pago tales como monedas, tarjetas de crédito/débito o tarjetas de prepago, incluidas las tarjetas que utilizan códigos de marcación”*.

La prestación de telefonía fija de uso público lleva necesariamente asociada la contratación del servicio telefónico fijo, entendido como el acceso y el tráfico cursado. Cada titular de TUP tiene contratado un “operador de telecomunicaciones”, que será el que, por defecto, curse las llamadas que se realizan desde dicho terminal. Lógicamente TESAU es el operador inteligente de las cabinas de que es titular.

El Servicio considera que TESAU, al no repercutir durante dos meses a sus Agentes Distribuidores el recargo, al que estaba obligado, mientras sí lo ha exigido al resto de operadores, ha abusado de su posición de dominio en el *mercado nacional de telefonía de uso público prestado en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión*, en el que tiene la titularidad del 90% de las cabinas.

Hasta ese momento el sistema tarifario general establecido para las llamadas efectuadas a cobro revertido y a numeración corta hacía que las llamadas con tarjetas prepago no contemplaran pago alguno por el uso del TUP al titular del mismo. Desde que en 1998 la CMT impuso a Telefónica (TTP) la obligación de permitir el acceso a todos los números 900 desde sus terminales, ya reconocía el derecho del titular de las terminales a recuperar los costes que le ocasionaba el uso de las mismas. En Resoluciones posteriores la CMT fijó los principios a los que debería atenerse dicha compensación -no discriminación, reciprocidad, proporcionalidad, transparencia, subsidiariedad- pero no hubo acuerdo entre los operadores. Finalmente a petición de AOTEP y TTP la CMT, por Resolución de 31 de marzo de 2004, establece las condiciones y la cuantía (4,79 céntimos de € por minuto) de la compensación, con efectos de agosto de 2004, con el fin de permitir la adaptación de los sistemas para su aplicación. Esta Resolución impone a TESAU una serie de obligaciones relacionadas con la recaudación del recargo (HP 4).

A fecha 28 de octubre, en respuesta a denuncias, la CMT adoptó una Resolución de medidas cautelares, instando al Grupo Telefónica al cobro del recargo a sus clientes y Agentes Distribuidores de tarjetas prepago. De la Resolución de 30 de diciembre de 2004 de la CMT, en el marco del Expediente AEM 2004/1681, en el que se investigan las condiciones de aplicación del recargo, se deduce que Telefónica no aplicó el recargo a sus Agentes Distribuidores a partir del 1 de agosto de 2004 y sólo empezó a facturarlos, con efectos de esa fecha, tras la adopción de medidas cautelares por parte de la CMT. El retraso es reconocido por Telefónica que en su escrito dirigido a la CMT el 17 de noviembre de 2004, reconoce que no se pudo dar cumplimiento estricto a lo dispuesto en el Acuerdo primero de la resolución de medidas cautelares de 28 de octubre debido a que la obligación de pago recae sobre el deudor (Agentes Distribuidores) y no sobre el acreedor (TESAU).

TTP dice en sus alegaciones en el resumen de prueba que no se ha probado que TESAU no le abonara el recargo en compensación por el uso de cabinas en agosto y septiembre, y afirma que como titular de las TUP “cobró por igual de TESAU y de los operadores las cantidades debidas de acuerdo con la Resolución de 31 de marzo de 2004, según los tráficos a los números gratuitos de los que eran titulares”.

No obstante no es esa la imputación realizada al Grupo Telefónica sino que lo que se le imputa es no haber repercutido ese coste a los Agentes Distribuidores, de forma que TESAU operador de tráfico telefónico, que cobraba al resto de operadores el recargo, no lo aplicó durante dos meses a sus propios Agentes.

Está fuera de toda duda que TESAU no repercutió a sus Agentes Distribuidores el recargo hasta octubre de 2004, fecha en que lo hizo con carácter retroactivo a 1 de agosto. Lo que procede en aplicación de las normas de competencia es analizar si ha abusado al realizar la conducta desde un mercado con posición de dominio y, en ese caso, si el retraso de dos meses en la aplicación del mismo a sus Agentes Distribuidores tuvo capacidad para producir un efecto de expulsión de sus competidores, operadores de telefonía, del mercado mayorista de provisión de servicios para tarjetas prepago o si tuvo un efecto discriminatorio sobre el resto de mayoristas de tarjetas prepago que comercializan tráfico de otros operadores. También interesa analizar la traslación del recargo por los agentes de tarjetas a los consumidores finales y el posible efecto sobre la demanda minorista del servicio telefónico.

SÉPTIMO.- La segunda conducta analizada en el expediente se refiere a los contratos que TESAU tenía con los ADs de tarjetas prepago, que abarca por tanto las llamadas realizadas con tarjeta prepago desde los terminales de TUP y las realizadas desde cualquier teléfono, móvil, fijo público, fijo residencial o de empresa.

El sistema de los contratos de Telefónica con su ADS según descripción del SDC en el informe sigue las siguientes pautas ya recogidas en los HP 6:

- “a) Telefónica vende tráfico a los Agentes Distribuidores a los precios regulados con los descuentos permitidos por el Plan Masterbono Proveedores.*
- b) Los Agentes Distribuidores actúan como revendedores de ese tráfico a través de tarjetas prepago. El precio por minuto de tráfico lo fijan libremente.*
- c) Telefónica remunera al Agente Distribuidor por comercializar productos prepago para consumo de su servicio telefónico básico. El esquema de remuneración se basa en el pago de una cantidad fija por tráfico vendido*

por el Agente distribuidor equivalente a un Soporte Tipo. El número de Soportes Tipo se calcula en función de los minutos necesarios para cubrir un valor facial de la tarjeta tipo calculado a precios regulados sin ningún tipo de descuento.”

Por tanto Telefónica vendía a sus ADs los distintos servicios telefónicos necesarios para configurar una tarjeta y les cobraba por ellos el precio regulado. Al mismo tiempo les pagaba por una serie de servicios, no muy claramente delimitados, en función de la venta de tarjetas prepago, vinculando por tanto ambos negocios jurídicos.

La imputación realizada a Telefónica por esta actuaciones es la de llevar a cabo mediante un camuflaje, descuentos a sus Agentes Distribuidores sobre los precios y descuentos regulados a los que está sometida.

Consta en el expediente la Resolución de la CMT de 25 de enero de 2006 (folio 3591) los resultados de dos inspecciones del órgano regulador sobre determinadas tarjetas comercializadas por los Agentes Distribuidores de Telefónica.

De la primera inspección realizada el 25 de mayo de 2005 para “comprobar el número de minutos totales ofrecidos por las tarjetas Hablaya, Azul, Activa 100x100, Llamame y 1004 comercializadas por Agentes Distribuidores de Telefónica”, la CMT concluye que:

- 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 multidestino 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 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 recargo, 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”.

De la segunda inspección realizada el 22 de noviembre de 2005, 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”, la CMT extrae 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.”*

De acuerdo con lo anterior parece deducirse que las condiciones establecidas en los contratos con el sistema de Agentes Distribuidores de Telefónica permiten aplicar precios inferiores a los regulados a que está sometida Telefónica.

Desde la aplicación de las normas de competencia procede ahora acreditar si esta conducta se ha realizado desde un mercado en el que Telefónica tiene posición de dominio y, en ese caso, si la misma propicia la expulsión de sus competidores, el resto de operadores de telefonía, del mercado mayorista de provisión de servicios para tarjetas prepago, o si tuvo un efecto fidelizador

sobre sus propios agentes y discriminatorio sobre el resto, o si imponía, desde una posición de dominio la exclusividad. Asimismo debemos analizar si los precios finalmente pagados por los usuarios eran replicables para los competidores.

OCTAVO.- El Servicio, siguiendo la definición de la CMT en múltiples resoluciones relacionadas con los hechos investigados, define el mercado relevante donde se producen las conductas presuntamente abusivas (folio 4309) como *“el mercado nacional de telefonía de uso público prestado en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión”*. Excluye el teléfono de uso público prestado en dominio privado como actividad principal (los locutorios) por considerar que las condiciones de competencia son distintas.

El Servicio, siguiendo una vez más a la CMT, considera que el mercado definido no tiene barreras legales, *“puesto que el requisito exigido es o bien una autorización para la instalación de un TUP, en el caso de operadores de telecomunicaciones, o bien autorización administrativa, en el caso de empresas de telefonía de uso público”*, pero identifica barreras fácticas en algunas ubicaciones como es el caso de las cabinas en dominio público donde el antiguo monopolista tenía y mantiene las mejores ubicaciones o el dominio público sometido a concesión, donde existe limitación a la entrada durante el período que dura la concesión.

Este Tribunal entiende que el mercado definido y analizado por el SDC, el de la telefonía de uso público (los terminales de teléfonos disponibles al público), es un mercado en el que los agentes desarrollan una actividad por cuenta propia consistente en poner a disposición de sus clientes, mediante los terminales de uso público, el servicio telefónico u otras prestaciones similares que adquieren a los operadores de telecomunicaciones.

Los agentes de este mercado, pueden ser operadores de telecomunicaciones, como es el caso de Telefónica a través de TTP, o meros empresarios dedicados a la explotación de los terminales, dependiendo en este caso su negocio exclusivamente de las rentas generadas por el uso de los terminales y, de acuerdo con el Servicio, compiten entre sí por las mejores ubicaciones de los terminales, bien en el dominio privado secundario (cafeterías, restaurantes, etc..) bien en el dominio público, ya sea de concesión (aeropuertos, cárceles, etc.) o en la vía pública.

Se trata por tanto de un mercado limitado, un servicio que por una remuneración pone a disposición en zonas públicas otro servicio, el telefónico. La utilización de ambos servicios es posible mediante el uso de monedas, tarjeta de crédito o tarjeta prepago. La extensión cada vez mas generalizada de la telefonía móvil ha disminuido la utilidad y el uso de esta forma de acceso al servicio telefónico.

El Tribunal no considera posible analizar las conductas imputadas a TESAÚ desde la sola óptica de la utilización de las tarjetas prepago en los terminales de uso público puesto que no es más que una de las formas de acceso al servicio telefónico mediante esta forma de pago.

NOVENO.- La definición del mercado relevante es clave a la hora de definir, desde las normas de competencia, la existencia de un abuso de posición dominante, puesto que si bien no es imprescindible, según la doctrina, una identidad entre el mercado en el que se tiene posición de dominio y aquel en el que se produce el abuso, la relación y el vínculo entre ambos debe tener la entidad suficiente para que el supuesto abuso pueda imputarse a dicha posición de dominio. (Asunto C-62/86, AKZO).

Considera el Servicio que el mercado en el que TESAÚ realiza las conductas abusivas desde una posición de dominio es *“el mercado nacional de telefonía de uso público prestado en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el dominio público sujeto a concesión”* y en el que pretende reforzar su posición de dominio es un mercado conexo a éste, el del *“servicio telefónico fijo disponible al público”*. Esto es, el servicio telefónico de acceso y tráfico cursado que tiene necesariamente que estar asociado al terminal de teléfono de uso público para que este cumpla su función.

Y apoya su argumentación en que si bien las llamadas con tarjeta prepago pueden hacerse desde cualquier terminal, sea éste público o privado, los principales consumidores/usuarios de las tarjetas prepago, la población inmigrante, por sus características, hace un uso muy elevado de las mismas en TUP.

Sin embargo, el mismo sistema de prepago, por el que se imputa el coste de la llamada a la propia tarjeta sin ningún cargo para el titular del terminal desde el que se realiza la llamada, facilita el uso de otros terminales igualmente accesibles como teléfonos privados, propiedad de personas distintas al llamante. Por otra parte la introducción del coste adicional que supone el recargo desincentiva el uso de las cabinas.

Para valorar la adecuación del mercado definido interesa analizar los intereses que pueden mover a un operador telefónico y los objetivos a conseguir. No parece plausible que el objetivo de Telefónica sea exclusivamente reforzar su posición en la telefonía de uso público y menos aun su posición en el mercado de teléfonos de uso público. Es más posible que el interés de Telefónica sea reforzar su posición en el mercado de acceso y tráfico a destinos internacionales y que pretenda hacerlo por medio de un posicionamiento en el “mercado mayorista de provisión de acceso mediante red inteligente y tráfico telefónico a destinos internacionales” para tarjetas prepago al que ella misma alude en sus alegaciones (folio 449 del TDC).

Es posible y consistente con la lógica depredadora el utilizar la posición de dominio en un mercado más estrecho, como puede ser el de la provisión de los servicios mayoristas de tarjetas prepago (que son usadas fundamentalmente para llamadas internacionales), para expulsar o impedir la entrada de los competidores en el mismo, y de ese modo dificultar su posicionamiento en el mercado completo de la telefonía de terminación internacional.

Y una actuación de este tipo tiene toda la lógica económica de permitir al dominante realizar la práctica depredadora con unos costes inferiores a los que le supondría realizar una práctica similar en el mercado completo.

Tiene menos consistencia la actuación en el mercado mayorista de tarjetas para afianzar la posición en el “mercado del servicio telefónico disponible al público”.

Porque del mercado de provisión a los mayoristas de tarjetas prepago es de lo que trata este expediente y el que preocupa al denunciante, Agente Distribuidor mayorista de tarjetas prepago. Un mercado en el que compiten entre sí los operadores de telefonía por vender su tráfico a los mayoristas de tarjetas, a los más eficientes, para por esa vía posicionarse en el mercado del tráfico internacional. Porque frente al Distribuidor cuyo negocio es la venta de tarjetas, el operador de telefonía tiene un doble interés en este mercado de tarjetas, pues además de la venta intermediada de sus servicios de telefonía, en la medida que introduzca su marca de forma efectiva estará incidiendo en el mercado, creciente y en gran medida estable de la población inmigrante, usuaria principal de las tarjetas prepago.

Los Agentes Mayoristas de tarjetas compiten entre sí por el usuario final comprador de tarjetas y su posición competitiva depende del coste al que obtengan sus inputs, que son los servicios de telefonía incorporados a la tarjeta.

Por consiguiente, al margen de la capacidad del regulador para definir mercados relevantes a los efectos de su cometido y que el SDC ha seguido en esta instrucción, no parece que el mercado elegido de la telefonía de uso público, con o sin locutorios, sea el relevante para el análisis de las conductas imputadas.

A juicio de este Tribunal la competencia por los clientes del mercado emergente de las llamadas de terminación internacional y telefónicas en general realizadas con tarjetas prepago por la población inmigrante, se plantea desde el mercado de provisión de acceso y tráfico telefónico a los Agentes mayoristas de tarjetas prepago, y ese es el mercado relevante en el que los operadores realizaran sus estrategias para abordar y conquistar el segmento de la inmigración.

Las conductas descritas por el denunciante tienen lugar en este mercado, definido por el conjunto de servicios, empaquetados o individualizados, que los operadores de telefonía ofrecen a los distribuidores mayoristas y que son necesarios para configurar una tarjeta prepago que funcione en cualquier tipo de terminal telefónico (Fundamento de Derecho Quinto). Esto no contradice el hecho de que el objetivo final de los operadores/proveedores no sea el número de tarjetas vendidas, sino el tráfico incorporado a las mismas, y que utilicen las tarjetas prepago como la forma, a veces la única, de llegar a los inmigrantes que son el segmento de consumidores objetivo.

Este mercado, según declaraciones de los comparecientes en la Vista, es un mercado sin barreras de entrada, con una alta tasa de entradas y salidas, y en el que la inversión inicial no supone obstáculo.

Por el contrario no ha quedado acreditado que desde la posición de dominio en el mercado de acceso a las terminales telefónicas de uso público pueda desarrollarse una conducta depredadora de los competidores por el mercado mayorista de tarjetas ni discriminadora de los Mayorista Distribuidores.

DÉCIMO.- Siguiendo la anterior argumentación conviene declarar que queda documentada en el expediente la posición de dominio del Grupo Telefónica a través de TTP en *“el mercado nacional de telefonía de uso público prestado en dominio privado como actividad secundaria, en el dominio público y en el*

dominio público sujeto a concesión”, en el que según la CMT en el año 2003 detentaba una cuota superior al 90%. Existe evidencia por los datos de los Informe anuales de la CMT de su cuota en lo que es parte importante de su negocio, el servicio telefónico fijo (ver HP 7), pero no existe información del mercado de provisión de servicios a los mayoristas de tarjetas prepago ni sobre el tráfico internacional desde tarjetas prepago, ni sobre las llamadas con tarjetas prepago desde las terminales de uso público, ni el uso de las tarjeta desde los distintos accesos.

Más concretamente en el expediente no consta información de quienes son los demandantes y oferentes del mercado mayorista de tarjetas, su número ni la posición de los mismos en el mercado.

De haberse acreditado el dominio de Telefónica en el mercado de provisión de servicios de acceso y tráfico cursado a los Agentes mayoristas de tarjetas prepago las conductas descritas serían potencialmente constitutivas de un abuso de los previstos en artículo 6 de la LDC y, en su caso, 82 del TCE.

UNDÉCIMO.- El artículo 6 de la LDC al igual que el artículo 82 del TCE, prohíbe a una empresa dominante eliminar a un competidor o reforzar la posición de dominio recurriendo a medios que no sean una competencia en méritos.

La Sentencia de UNITED Brands (1978), recoge en su apartado 189 *“si bien es cierto que la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición (de dominio) del derecho a preservar sus propios intereses comerciales cuando estos se ven atacados, y que es necesario concederle, en una medida razonable, la facultad de realizar actos que estime adecuados con el fin de proteger dichos intereses, no puede admitirse tales comportamientos cuando tienen precisamente por objeto reforzar esta posición dominante y abusar de ella”.*

El Grupo Telefónica, como antiguo monopolista, aunque perdiendo cuota por la entrada de nuevos operadores, mantiene una posición muy destacada o dominante en prácticamente todos los segmentos y áreas de la telefonía fija, lo que exige una especial vigilancia de sus comportamientos, cualquiera que sea el mercado de que se trate.

Las conductas imputadas a Telefónica en este expediente muestran *prima facie* indicios de irregularidad en la medida que no se acomodan a las

Resoluciones del órgano regulador de las telecomunicaciones. Pero para poder incardinarlas sin sombra de duda en las infracciones del artículo 6 de la LDC y 82 del TCE hubiera sido necesario un análisis mas completo de los mercados desde los que se realiza la conducta supuestamente abusiva y la posición en los mismos de TESAÚ; de las propias conductas, y de su capacidad o aptitud para restringir la competencia en el segmento en que se busca despliegue sus efectos.

Las acciones parecen encaminadas a conquistar o mantener su posición en un segmento de la telefonía fija, el internacional, que se ha demostrado el más dinámico y competitivo, ganando cuota sobre el resto de segmentos de la telefonía fija. Y trata de hacerlo ganándose a un colectivo nuevo y de creciente demanda como es el de la población inmigrante, como reconoce la propia imputada. Nada habría que objetar a una actuación competitiva de Telefónica para mantener su posición en el mercado puesto que tal objetivo es el que corresponde a una empresa que debe buscar situarse en los nuevos nichos de mercado, pero esa actuación sería inaceptable y prohibida si la misma se realiza desde una posición de dominio y utilizando medios ilegítimos.

En aras de un análisis exhaustivo, y sin perjuicio de que no se haya acreditado en el expediente la posición de dominio de TESAÚ en el mercado considerado relevante por este Tribunal, el mercado de provisión de acceso y tráfico telefónico a los agentes mayoristas de tarjetas prepago, condición previa para que exista abuso, se considera procedente analizar los efectos sobre el mercado de las conductas imputadas.

En la información remitida por la CMT a instancia de este Tribunal existen indicios de un incremento del tráfico de Telefónica coincidiendo con los meses de agosto y septiembre en que Telefónica no cobraba el recargo. Pero la información es tan incompleta y el periodo de la conducta tan corto, (aunque esto último haya sido gracias a la rápida intervención de la CMT al adoptar la medias cautelares en octubre de 2004) que no permite concluir de forma fehaciente que los cambios que se perciben son imputables a la misma.

Por otra parte la imputada, remitiéndose a las alegaciones realizadas al PCH, ha alegado a este Tribunal (folio 452 TDC) razones de complejidad administrativa de los procesos de información que, en su opinión, justificarían el retraso y que considera no han sido desmentidas.

Por lo que se refiere a la comercialización de las tarjetas sin recargo, consta en el expediente documentación que demuestra que los precios publicitados por los Agentes distribuidores de Telefónica no mencionaban ese coste para los clientes, puesto que los precios no diferenciaban entre las llamadas realizadas desde terminales de TUP y las llamadas desde otros terminales como los privados, que lógicamente no incorporaban dicho coste. Por el contrario las inspecciones realizadas por la CMT y cuyo resultado se recoge más arriba, constatan una diferencia entre las llamadas realizadas desde un teléfono privado y uno público siendo, a igual valor facial de la tarjeta, menor el número de minutos que se pueden utilizar desde un teléfono público.

No existen pruebas de discriminación ni consta que el resto de ADs de tarjetas prepago se vieran obligados a repercutir el coste del recargo a sus clientes ni que diferenciaron el precio de las tarjetas ni los minutos de llamada dependiendo de que ésta se realizara desde un Terminal TUP o desde otro no sometido al recargo. La denunciante, que dice trasladó desde el primer momento el recargo, aporta información sobre la caída inmediata de las ventas, que sin embargo según declaración propia no se detuvo al facturar el recargo Telefónica sino que ha seguido cayendo. Por el contrario un Agente Distribuidor que comercializa tarjetas con tráfico de operadores competencia de Telefónica reconoció en la vista que en un primer momento, por estrategia comercial, decidió no repercutir el recargo, aunque finalmente tuvo que hacerlo dada la importancia del mismo.

El recargo por el uso de los terminales de TUP, es un coste a añadir al servicio telefónico disponible al público, que de trasladarse al consumidor final, al encarecer el servicio telefónico realizado mediante terminales públicos retraerá la demanda en dicho mercado, pero no tiene porque afectar al tráfico telefónico en tarjetas prepago en la medida que existen otras alternativas al uso de las mismas que no sufren ese recargo.

El traslado del recargo al consumidor final no es ni puede ser una obligación de los operadores de telefonía ni de los ADs, ni viene impuesta por la CMT, excepción hecha de las obligaciones que puedan afectar a los operadores dominantes, sino que dependerá de las estrategias comerciales de los mismos, que en la medida que pudieran asumir dicho coste evitarían trasladarlo a los consumidores entre otras razones para no dar lugar a un mercado fragmentado de tarjetas, las de terminales TUP y el resto.

Por otra parte la caída en el uso de cabinas documentada en el expediente y que podría indicar una fuerte incidencia del recargo, si es que éste ha sido

realmente trasladado a los consumidores, puede tener otras explicaciones no menos plausibles, como puede ser la mayor facilidad del uso de terminales privadas y la extensión del uso del teléfono móvil.

Los efectos de la conducta relativa a los contratos de Telefónica con sus ADs, que por sus características y permanencia presentan mayores riesgos de producir un efecto distorsionador sobre la competencia, es preciso analizarlos desde la doble óptica de su efecto empaquetamiento y fidelizador que le imputa el Servicio.

Por lo que se refiere al empaquetamiento es indudable que TESAÚ, proveedora de todos los elementos necesarios para conformar un tarjeta prepago, tiene una ventaja adicional sobre los operadores que solo pueden proveer elementos parciales, bien sea plataforma o tráfico, etc. Pero la venta conjunta de los elementos, en forma de paquete, no puede calificarse en sí misma como infracción, si se realiza en un mercado competitivo y no desde una posición de dominio.

Pero en este caso, lo primero que hay que constatar es la difícil vinculación de los contratos con el mercado de los terminales públicos, en el que se ha demostrado la dominancia de Telefónica. No existe coincidencia ni de producto ni de demandantes ni de oferentes, mas allá del hecho de que las tarjetas prepago son utilizadas mayoritariamente por personal inmigrante, sin teléfono fijo domestico, que puede tener una mayor propensión a realizar las llamada desde cabinas.

En cuanto a la exclusión de los competidores una vez más no consta en el expediente información que permita concluir que estos contratos han excluido o amenazan con excluir a los competidores del mercado de provisión de servicios telefónicos a los mayoristas de las tarjetas prepago.

En consecuencia, no se ha podido acreditar fehacientemente que las prácticas objeto del expediente tuvieran efecto sobre el mercado y fueran irreplicables por los competidores. Pero fundamentalmente no ha quedado acreditada la posición de dominio de Telefónica en el mercado considerado relevante por este Tribunal a los efectos de las conductas imputadas.

En su virtud, el Tribunal

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que no han resultado acreditadas las infracciones del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea que han sido objeto del mismo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.