



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 42/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de diciembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR COMUNITEL GLOBAL, S.A. CONTRA EL ACTO DE TRÁMITE DEL INSTRUCTOR DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR RO 2004/1844 POR EL QUE SE DESESTIMA LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE ESA ENTIDAD COMO PARTE INTERESADA EN DICHO EXPEDIENTE.

En relación con el recurso de alzada interpuesto por la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A. contra el acto de trámite de fecha 20 de mayo de 2005 dictado por el Instructor del expediente sancionador (Expte. RO 2004/1844), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 1 de diciembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/923.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de marzo de 2005 se aprobó la Resolución por la que se puso fin al trámite de información previa en relación a la política tarifaria seguida por el grupo Telefónica en la comercialización de determinadas tarjetas prepago (AEM 2004/1844).

El objeto del citado expediente consistió en determinar si Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) había incurrido en prácticas anticompetitivas consistentes en la aplicación discriminatoria a favor de sus Agentes Distribuidores de, por un lado, el recargo aprobado por esta Comisión para las llamadas desde terminales de uso público gratuitas para el llamante y por otro, el régimen de precios regulados a que está sometida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la citada Resolución se resolvió, entre otros aspectos, los siguientes:

“SEGUNDO.- *A partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no puede aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada a favor de los Agentes en los contratos de distribución ni formalizar ningún contrato que incluya tal previsión.*

Telefónica de España, S.A.U. está obligada a modificar los contratos de distribución que tiene formalizados con sus Agentes Distribuidores, así como el contrato-tipo para las formalizaciones futuras, fijando una retribución a favor de los Agentes que cumpla el criterio de racionalidad económica establecido por esta Comisión, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes.

Telefónica de España, S.A.U. deberá modificar los Contratos ya formalizados en el plazo de diez días desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, el nuevo contrato-tipo que incluya la modificación señalada deberá remitirse a esta Comisión en el plazo de tres días a contar desde la notificación de esta Resolución.

TERCERO.- *Iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. como presunto responsable directo de dos infracciones administrativas de carácter muy grave tipificadas en el artículo 53.s) y v) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (i) por el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y (ii) por el incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación.....*

QUINTO.- *De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los interesados en el procedimiento sancionador disponen del plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación para:*

a) *Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b) *Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.*

c) *Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.*

....”

SEGUNDO.- Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 10 de mayo de 2005, la entidad Comunitel Global, S.A. (en adelante, Comunitel), en virtud de lo dispuesto en el Resuelve Quinto de la Resolución citada en el antecedente de hecho anterior, presentó un escrito por el que solicitaba lo siguiente:

“(i) comparecer en el presente procedimiento sancionador; (ii) proponer la práctica de las pruebas que considera deben practicarse para que esta Comisión pueda comprobar que la conducta objeto del Expediente sancionador sigue produciéndose e incluso se ha agravado, (iii) presentar alegaciones que permitan a esta Comisión, cuantificar la sanción que puede ser impuesta por las infracciones cometidas en virtud del artículo 56 de la Ley 32/2003...”

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2005, el Instructor del citado expediente sancionador (RO 2004/1844) desestima tal petición contestando a Comunitel que no ostenta un interés legítimo, real, efectivo y actual en el procedimiento sancionador de referencia, por lo que, no puede ser considerada como parte interesada en el procedimiento iniciado por no reunir los requisitos del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), no procediendo consecuentemente darle traslado de la documentación solicitada.

CUARTO.- Con fecha 9 de junio de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Comunitel por el que realiza básicamente las siguientes alegaciones:

1. Que discrepa con esta Comisión en relación con la no apreciación en la misma de la condición de interesado en el procedimiento sancionador que ha dado origen al expediente RO 2004/1844 ya que el perjuicio que TESAU le ha causado es económicamente cuantificable y directamente producido por la conducta de dicha operadora, perjuicios que han sido probados dentro del expediente AEM 2004/1844 y que son objeto de análisis para su posible sanción.

2. Que la jurisprudencia que ha puesto de manifiesto esta Comisión para justificar su carencia de condición de interesado no es la acertada, ya que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conciernen a un expediente sancionador contra un juez, lo cual no es comparable con una potencial sanción a un operador por su conducta en el mercado.

Para acreditar su condición de interesado hace referencia a jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de abril de 2004, que establece lo siguiente:

“(...) coinciden este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (...) en identificar el derecho o interés allí donde la anulación de un acto administrativo produce un efecto positivo (beneficio) o un efecto negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto. Además el Tribunal Supremo ha ido reconociendo como susceptible de ser incluido en el concepto de interés legítimo, sin renunciar a su carácter personal, otros tipos de beneficios como los morales, los de vecindad, competitivos o profesionales y los de carrera”.

...

3. Que habiendo reconocido el Tribunal Supremo el interés competitivo como interés legitimador, parece innegable que Comunitel es titular de intereses legítimos en el procedimiento sancionador de referencia.

Señala que la imposición de una eventual sanción a TESAU traería consigo un evidente beneficio para Comunitel ya que supondría el cese de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por aquélla y que le han producido graves perjuicios. Manifiesta que tiene un interés lícito, directo y evidente en que le sea impuesta dicha sanción y cesen las actuaciones mencionadas y alega que la existencia de ese interés competitivo es suficiente para acreditar los intereses legítimos de Comunitel.

En virtud de todo lo anterior solicita que se le reconozca su condición de interesado, se le de traslado de la documentación solicitada y se adopten las medidas cautelares solicitadas en el escrito de fecha 10 de mayo de 2005.

QUINTO.- Con fecha 11 de noviembre de 2005 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad TESAU al recurso de alzada citado en el antecedente de hecho anterior. En el citado escrito manifiesta básicamente lo siguiente:

1. Que el acto administrativo impugnado es conforme a Derecho al denegar la petición de Comunitel habida cuenta de su falta de legitimación para intervenir en el procedimiento administrativo sancionador incoado por esta Comisión.

Señala que no concurre ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 31 de la LRJPAC que otorgan la condición de interesado en un procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativo y en concreto respecto a los supuestos previstos en los apartados b) y c) del citado artículo manifiesta que, ni se estaría creando un beneficio competitivo a Comunitel en el hipotético caso que se le impusiera una sanción ni existen derechos u obligaciones de Comunitel que pudieran verse afectados por la Resolución, favorable o desfavorable a sus intereses, que pudiera dictar esta Comisión.

Asimismo alega que la recurrente no ha demostrado en el escrito de interposición del recurso la existencia de interés o derecho alguno que le habilite como parte interesada, habiéndose limitado a transcribir sentencias del Tribunal Supremo.

2. Que cabría cuestionar a la recurrente por qué, si consideraba que se estaba realizando algún tipo de actuación que le lesionara algún derecho, no acudió a esta Comisión denunciando la supuesta actividad ilícita y ha sido una vez incoado el procedimiento y finalizado el periodo de información previa cuando está pretendiendo hacer valer su condición de interesado alegando una supuesta lesión de la competencia.

Por todo lo anterior manifiesta que la petición de Comunitel carece de fundamento alguno debiendo ser desestimado el recurso interpuesto contra el acto impugnado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del escrito.

La recurrente califica como escrito de alegaciones el presentado ante esta Comisión con fecha 9 de junio de 2005. Esta Comisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la LRJPAC, el cual establece que el error en la calificación de un recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter, ha procedido a la tramitación del citado escrito como un recurso de alzada interpuesto contra el acto de trámite del Instructor del procedimiento sancionador RO 2004/1844. Esto es, teniendo en cuenta que el acto de trámite del Instructor ahora impugnado no pone fin a la vía administrativa en el procedimiento de referencia, procede a tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, calificar al escrito presentado como un recurso de alzada interpuesto contra el acto de trámite del Instructor del expediente sancionador RO 2004/1844, de fecha 20 de mayo de 2005.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo superior jerárquico del que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición, esto es, el 9 de junio de 2005, según lo establecido en el artículo 115.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Admisión a trámite.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que podrá interponerse recurso de alzada por los interesados contra los actos de trámite que, entre otros, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 115 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

II. - Fundamentos jurídicos materiales.

Único.- Sobre la falta de condición de interesado de la entidad Comunitel Global, S.A.

El artículo 31 de la LRJPAC establece que se considerarán interesados en un procedimiento administrativo aquellos que: lo promuevan como titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos; sin haberlo iniciado tengan derechos que puedan ser afectados por la decisión que en el mismo se adopte o cuyos intereses legítimos individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Teniendo en cuenta que, tal y como establece el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, los procedimientos sancionadores sólo pueden ser iniciados de oficio, los únicos supuestos que legitimarían a la recurrente para ser parte en el procedimiento sancionador iniciado por esta Comisión con referencia RO 2004/1844, serían aquellos en los que sus derechos o sus intereses legítimos pudieran quedar afectados en la Resolución que finalmente se adopte en el citado procedimiento. Pues bien, dichos supuestos asimismo deben ser desestimados ya que, tal y como se expondrá a continuación, en el procedimiento sancionador en el que se enmarca el acto impugnado, Comunitel carece de los derechos e intereses legítimos que el artículo 31 de la LRJPAC establece como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesarios para tener la condición de interesado en un procedimiento administrativo.

En primer lugar es preciso poner de manifiesto que esta Comisión no solo conoce la jurisprudencia aportada por la recurrente en relación con que debe entenderse por interés legítimo a la hora de determinar si se posee o no la condición de interesado en un determinado procedimiento, sino que los criterios contenidos en la jurisprudencia alegada son los aplicados por esta Comisión para determinar si existe o no tal condición.

La citada jurisprudencia establece que se tendrá derecho o interés legítimo cuando la anulación de un acto administrativo produzca un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, siendo susceptibles de ser incluidos en el ámbito de dichos efectos la adquisición de beneficios competitivos.

Por lo que de acuerdo con la jurisprudencia expuesta la resolución administrativa que se dicte ha de repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético y potencial, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona. En este mismo sentido, conviene destacar que el interés legítimo ha de derivar de una repercusión de la actuación administrativa en el ámbito vital o de intereses de la persona real y efectiva sin comprender los intereses eventuales o hipotéticos.

Sin embargo la resolución sancionadora que se dicte no declara ni asegura que la empresa sancionada vaya a cumplir con las obligaciones incumplidas que dieron lugar al procedimiento sancionador, por lo que estamos en presencia de intereses potenciales o hipotéticos de la entidad recurrente que pudieran surgir o no. La única empresa que de la actuación sancionadora de la Comisión pudiera ver afectados sus intereses de forma real y efectiva es la entidad TESAU.

De manera que la posibilidad de conseguir tales efectos positivos o negativos que permitirían otorgar la condición de interesado no existe en el procedimiento sancionador en el que se enmarca el acto impugnado. Esto es, en el citado procedimiento difícilmente podrían encontrarse hipótesis tanto de terceras personas distintas al inculpado cuyos derechos subjetivos pudieran ser afectados por la resolución definitiva como de aquellas portadoras de intereses legítimos que pudieran experimentar dicha afectación ya que el inculpado es el único interesado que tiene afectados sus derechos, al ser el único sujeto pasivo en el que recae la imputación de la infracción administrativa en el citado procedimiento.

Por el contrario dichos derechos o intereses legítimos competitivos a los que alude el recurrente podrían ser plenamente operativos en otros procedimientos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativos diferentes al sancionador, tal y como ocurrió en el expediente AEM 2004/1681 (en el que Comunitel era parte interesada) por el que se aprobó la Resolución sobre las condiciones de aplicación del recargo por el uso de terminales de uso público para la realización de llamadas gratuitas para el llamante, o en el expediente MTZ 2005/752 que se está tramitando actualmente en esta Comisión incoado con el objeto de analizar el comportamiento de TESAU 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.

Por lo que el interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, tan solo resulta de aplicación en los procedimientos declarativos citados en el párrafo anterior por cuanto que la declaración jurídica de estas resoluciones coloca a ese operador en condiciones legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, con un resultado inmediato de la resolución dictada o que se llegue a dictar, circunstancia que no ocurre por sí sola con el procedimiento sancionador de referencia.

En consecuencia, debe rechazarse la alegación de Comunitel relativa a que la imposición de una eventual sanción a TESAU traería consigo un beneficio para la misma ya que supondría el cese de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por aquella y que le han producido graves perjuicios ya que con la Resolución que se dicte en el procedimiento sancionador de referencia imponiendo una sanción a TESAU, este Organismo al dictar la correspondiente Resolución sancionadora ni repara el posible perjuicio causado por el mencionado incumplimiento, sino que tan sólo se limita a imponer una sanción por tal comportamiento infractor, ni asegura, tal y como señalamos anteriormente, que TESAU vaya a cumplir con las obligaciones incumplidas que dieron lugar al procedimiento sancionador.

En definitiva, cabe concluir que la Resolución sancionadora que se dicte en el procedimiento sancionador RO 2004/1844 no reportará a la entidad Comunitel beneficio alguno, bien positiva o negativamente en su esfera jurídica, pues la misma impondrá o no tan sólo una sanción a TESAU sin que se haga declaración alguna al objeto de remediar el supuesto perjuicio que esta entidad ha sufrido derivado de la conducta infractora de TESAU por lo que no se puede declarar que la empresa Comunitel tenga un interés legítimo real y efectivo en el procedimiento sancionador de referencia y, por lo tanto, no se puede considerar parte interesada en el mismo por no reunir los requisitos del artículo 31 de la LRJPAC.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Desestimar el recurso de alzada interpuesto por la entidad Comunitel Global, S.A. contra el acto de trámite del Instructor del expediente sancionador RO 2004/1844 por el que se desestima la solicitud de declaración de esa entidad como parte interesada en dicho expediente, y se confirma en todos sus términos la Resolución impugnada por estar plenamente ajustada a Derecho.

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 resuelve un recurso de alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 115.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no puede interponerse ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1 de la misma Ley. No obstante, contra la misma puede interponerse 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