



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 20/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de junio de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCION POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LAS ENTIDADES “SOCIEDAD REGIONAL DE INFORMÁTICA, S.A.”, “INSTANT TELEKOM SERVICES, S.L.U.” Y “CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S.L.”, CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005 POR LA QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADOS SOPORTES TIPO POR PARTE DE LOS AGENTES DISTRIBUIDORES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por las entidades SOCIEDAD REGIONAL DE INFORMÁTICA, S.A., INSTANT TELEKOM SERVICES, S.L.U. y CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S.L., contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se adoptaron medidas cautelares en relación con la comercialización de determinados soportes-tipo por parte de los Agentes Distribuidores de tarjetas telefónicas prepago de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (Expediente número MTZ 2005/752), el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 20/06, la siguiente Resolución:

Resolución de fecha 1 de junio de 2006, recaída en el marco de la tramitación del Expediente número AJ 2005/1735 y acumulados.

HECHOS

PRIMERO.- La Resolución recurrida de 10 de noviembre de 2005.

En fecha 10 de noviembre de 2005 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) aprobó la Resolución por la que se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adoptaron medidas cautelares en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los Agentes Distribuidores de la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU); dicho procedimiento fue tramitado en Expediente con número MTZ 2005/752.

La citada Resolución acordaba en su RESUELVE lo siguiente:

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

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 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.>>

SEGUNDO.- Los recursos de reposición de SRI, INSTANT y CLM.

Las entidades SOCIEDAD REGIONAL DE INFORMÁTICA, S.A. (en adelante, SRI), INSTANT TELEKOM SERVICES, S.L.U. (en adelante, INSTANT) y CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S.L. (en adelante, CLM), Agentes Distribuidores de TESAU, interpusieron, mediante los correspondientes escritos fechados los días 15 de diciembre de 2005 (los de SRI e INSTANT) y 16 de diciembre de 2005 (el de CLM), y cuya entrada en esta Comisión fue Registrada los días 19 de diciembre de 2005 (los de SRI e INSTANT) y 20 de diciembre de 2005 (el de CLM), los correspondientes recursos potestativos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición contra la Resolución antes referida, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC), y dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 117.1 de la misma Ley.

En lo referente al contenido material de los escritos presentados por SRI, INSTANT y CLM, estas entidades alegaban fundamentalmente lo siguiente:

1. SRI alegó que la medida cautelar fue adoptada de manera no contradictoria, sin darle ningún trámite de audiencia y privándole del derecho a la defensa, a pesar de que la misma supuso de hecho la paralización de la actividad comercial de la recurrente, todo lo cual sería contrario a lo dispuesto en el artículo 72.3 de la LRJPAC al causarle perjuicios de difícil o imposible reparación y violar derechos amparados en las leyes, por lo que solicitaba su revocación, anulación o pérdida de eficacia.
2. INSTANT comunicaba la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la citada Resolución de 10 de noviembre de 2005, y que en dicho recurso solicitó a la Sala la suspensión de la ejecución del acto objeto de la impugnación y le causó perjuicios, por lo que solicitaba de esta Comisión la suspensión cautelar de las medidas cautelares contenidas en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 hasta que dicha Sala resolviese sobre la suspensión de la ejecutividad de la misma.
3. Por su parte, CLM alegaba lo siguiente:
 - Que la Resolución cautelar impugnada no buscaba asegurar la eficacia de la resolución definitiva que pudiese recaer al ser la finalidad del procedimiento determinar si existían o no conductas de TESAU sancionables.
 - Que además dicha Resolución sería contraria a lo dispuesto en el artículo 72.3 de la LRJPAC, al causarle perjuicios de difícil o imposible reparación y violar derechos amparados en las leyes.
 - Que se estaría interviniendo administrativamente en el libre mercado del tráfico telefónico internacional, que fija sus precios en función de la oferta y la demanda y no en ejecución de pactos anticompetitivos, y la Resolución cautelar recurrida está posibilitando que operadores de la competencia que adquieren el tráfico mayorista a otros operadores distintos de TESAU captasen clientes a costa de la recurrente difundiendo la existencia de una presunta "ilegalidad" en su conducta, lo que no sería cierto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por todo ello CLM solicitaba que se declarase nula la Resolución recurrida, y que en el ínterin, y al amparo de lo previsto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, se suspendiese la ejecución de la misma.

TERCERO.- Acumulación de procedimientos, notificación y trámite de información a los interesados.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechados el día 22 de diciembre de 2005 y cuya salida fue registrada el día 23 de diciembre de 2005, se informó a los interesados de lo siguiente:

- Que de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cumplió el trámite de información a los interesados previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, informándoles del inicio de los correspondientes procedimientos de tramitación de los recursos de reposición presentados por SRI, INSTANT y CLM.
- Que al amparo del artículo 73 de la LRJPAC, se había acordado la acumulación de los tres recursos de reposición para su tramitación bajo el número de referencia AJ 2005/1735, habida cuenta la íntima conexión existente entre los mismos ya que se interponían contra la misma Resolución y con similares argumentos.
- Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC se dio traslado a los demás interesados del recurso de reposición interpuesto por las tres entidades antes reseña y se informaba a los interesados de que disponían de un plazo de diez días para poder efectuar alegaciones y aportar documentos al procedimiento si así lo estimaban conveniente a sus intereses.

CUARTO.- Las alegaciones efectuadas por TESAU.

TME efectuó alegaciones mediante un escrito fechado el día 16 de enero de 2006, cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 20 de enero de 2006, en el cual manifestaba su conformidad con los recursos de reposición planteados por SRI, INSTANT y CLM, alegando el grave perjuicio económico que supone para sus Agentes Distribuidores la paralización de su actividad comercial, así como que la CMT carece de competencias frente a dichos Agentes, que no son operadores de comunicaciones electrónicas pero que debido a la medida cautelar recurrida se ven obligados a suministrar, a través de TESAU, información sensible sobre su actividad comercial, lo cual es contrario a la legalidad sectorial vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, TESAU solicita que se estimen los recursos interpuestos y que consecuentemente se declare la nulidad de la Resolución cautelar de 10 de noviembre de 2005.

QUINTO.- La Resolución definitiva del procedimiento MTZ 2005/752, de fecha 25 de enero de 2006.

En fecha 25 de enero de 2006 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se finalizaba la tramitación del procedimiento administrativo número MTZ 2005/752. Dicha Resolución acordó literalmente lo siguiente:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *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., 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.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Las entidades SRI y CLM califican expresamente su escrito como recurso de reposición, y el tercer recurrente, INSTANT, no lo hace expresamente pero del “petitum” de su escrito se desprende que busca anular la eficacia de la resolución recurrida; por todo ello, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, resulta procedente calificar los escritos presentados por SRI, CLM e INSTANT en el Registro de esta Comisión los días 19 y 20 de diciembre de 2005 como recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 10 de noviembre de 2005, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición acumulados que son objeto de esta Resolución corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Los citados recursos acumulados deberán ser resueltos, y su Resolución notificada, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de los escritos, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición de SRI, INSTANT y CLM han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlos a trámite.

B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- En relación con la competencia de esta Comisión para adoptar la medida cautelar recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, frente a las alegaciones de SRI y de TESAU cuestionando la legalidad y la necesidad de la adopción de la medida cautelar recurrida, hay que poner de manifiesto que tal y como se expone en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución cautelar recurrida, esta Comisión es competente para la adopción de medidas cautelares de acuerdo con las previsiones normativas siguientes:

- El artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), establece que: *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*
- Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre (en adelante, RCMT), habilitan a esta Comisión para, en el ejercicio de sus funciones, adoptar de oficio o a instancia de los interesados, una vez iniciado el correspondiente procedimiento, *“las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia (...) de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.* Dichas medidas cautelares podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. No se podrán dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- De acuerdo con los artículos 48.1 de la LGTel y 2 del RCMT, esta Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, que en su artículo 72 regula con carácter general los requisitos de adopción de medidas provisionales por parte de las Administraciones Públicas. Concretamente su Apartado 1 dispone que *“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”.*

SEGUNDO.- Respecto a la adopción de la medida cautelar *inaudita parte*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la alegación de SRI en el sentido de impugnar la resolución cautelar por haberse adoptado *inaudita parte*, esto es, sin dar trámite de audiencia a los Agentes Distribuidores de TESAÚ afectados por la medida cautelar y privándoles de su derecho a la defensa, hay que responder en primer lugar que la resolución recurrida justificó debidamente la necesidad y urgencia de la medida, atendiendo al aseguramiento de la eficacia de la resolución final y, por consiguiente, velando para que la comercialización de los servicios de tarjetas prepago en el mercado minorista pudiera realizarse en condiciones de verdadera competencia, seriamente comprometida por las retribuciones más ventajosas ofrecidas por TESAÚ a sus Agentes Distribuidores y por la no aplicación de los precios regulados para llamadas desde terminales de uso público, con el objeto de proporcionarles mayores márgenes y de poder realizar ofertas no replicables por los competidores que adquiriesen tráfico mayorista a otros operadores. Así, la medida cautelar era necesaria, y existía urgencia en su adopción para asegurar la eficacia de la resolución futura, evitando que para entonces el daño a los competidores de los Agentes Distribuidores de TESAÚ y la competencia en el mercado fueran irreversibles.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* y, partiendo de esa urgencia inaplazable, resulta obvio, y así lo ha manifestado esta Comisión en diversas ocasiones, que la configuración legal de este tipo de medidas, tal y como aparecen reguladas en el artículo 72 de la LRJPAC, en modo alguno exige un trámite de audiencia específico para su adopción. Es más, como se ha manifestado reiteradamente en numerosas Resoluciones de esta Comisión, la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* no implica indefensión alguna (...), por cuanto este tipo de medidas supone una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga mediante las oportunas alegaciones y, en cualquier caso, nada obsta a la posibilidad de interponer el correspondiente recurso potestativo de reposición en vía administrativa (artículo 116.1 de la LRJPAC), y en todo caso ante la Audiencia Nacional en vía contencioso-administrativa (artículo 48.17 de la LGTel).

Asimismo, existe abundante Jurisprudencia que avala esta posibilidad. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias de sus Sentencias (Ver, entre otras, las siguientes: STC 31/1981, de 28/7/81; STC 13/1982, de 1/4/82; STCs 66/1984 y 108/1994, de 26/11/84; y STC 22/1985, de 15/2/85) que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que se den las siguientes circunstancias concurrentes:

- Que exista una norma jurídica que permita su adopción (los ya citados artículos 48.12 de la LGTel, 31 del RCMT y 72 de la LRJPAC).
- Que se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho (la Resolución del Consejo de la CMT de 10 de noviembre de 2005).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (las cuales están perfectamente expuestas en los Fundamentos de Derecho de la Resolución cautelar recurrida: la necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución definitiva).

Cabe concluir, pues, que la medida cautelar *inaudita parte* estaba suficientemente justificada en la resolución impugnada, razón por la cual procede desestimar esta alegación.

TERCERO.- Respecto a la concurrencia de los requisitos que justifican la adopción de la medida cautelar recurrida.

Los recurrentes SRI y CLM alegaron que no se daban los requisitos exigidos por la normativa vigente en materia de adopción de medidas cautelares para la adopción de dicha medida cautelar ya que la misma no servía para asegurar la eficacia de la resolución definitiva y que les causaba daños de difícil o imposible reparación por los perjuicios comerciales derivados de la intervención administrativa en las relaciones contractuales entre TESAU y sus Agentes Distribuidores de tarjetas prepago, lo que supondría una intervención administrativa en el mercado no justificada que atentaría además contra el derecho constitucional de libertad de empresa amparado por el artículo 38 de la Constitución Española.

Frente a esta alegación hay que responder que en la situación a resultas de la cual la Resolución de 10 de noviembre de 2005 adoptó las medidas cautelares impugnadas, concurrían todos los elementos necesarios para justificar la adopción de las mismas, y que vienen recogidos en el antes citado artículo 72 de la LRJPAC. Dichos elementos son los siguientes:

- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida cautelar, es decir, el *fumus boni iuris*;
- La necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, es decir, el *periculum in mora*;
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Ya se ha señalado que el Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, que se adopten las medidas cautelares por resolución fundada en derecho, y que las mismas se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución recurrida justifica suficientemente en sus Fundamentos de Derecho la concurrencia de todos los requisitos citados en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo número MTZ 2005/752, por lo que no ha lugar a la estimación de los recursos sobre la base de dichas alegaciones. Seguidamente se analizará la concurrencia de los mismos, y en especial de los elementos cuestionados por SRI y CLM en sus recursos.

CUARTO.- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida cautelar (el *fumus boni iuris*): razonabilidad y apariencia de buen derecho.

En la resolución recurrida, concretamente en sus Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto, se analizaban pormenorizadamente los aspectos económicos y de mercado justificativos de la existencia de indicios de una situación discriminatoria por parte de TESAU que beneficiaba claramente a sus Distribuidores comerciales de tarjetas telefónicas de prepago en perjuicio de sus competidores, lo cual supone que se estaba infringiendo el Derecho Sectorial de Telecomunicaciones y justificaban la intervención de esta Comisión para restablecer las condiciones de competencia efectiva en ese segmento del mercado.

El procedimiento administrativo número MTZ 2005/752 del que trae causa la resolución cautelar impugnada por los recursos de reposición de referencia tiene su origen en denuncias y actuaciones previas, las cuales dieron lugar a varias Resoluciones del Consejo de esta Comisión:

- En la Resolución de 30 de diciembre de 2004 (Expediente número AEM 2004/1681), se demostró la existencia de un trato discriminatorio positivo por parte de TESAU hacia sus Agentes Distribuidores, al no haberles cobrado el recargo por la realización de llamadas gratuitas para el llamante desde el Teléfono de Uso Público (TUP) durante un periodo de tiempo que fue aprovechado por los Agentes Distribuidores de TESAU para aumentar de forma significativa su cuota de mercado, por lo que se resolvió la cesación en dicha conducta para obligar al pago de dicho recargo a todos los Agentes Distribuidores de TESAU en igualdad de condiciones que el resto de comercializadores de tarjetas de prepago.
- En la resolución de 31 de marzo de 2005 (Expediente número MTZ 2004/1844), se demostró que TESAU estaba aplicando al tráfico cursado de las tarjetas de prepago de sus Agentes Distribuidores unas tarifas efectivas inferiores a las vigentes de conformidad con la normativa en materia de tarifas reguladas, con el fin de incrementar la retribución a sus Agentes Distribuidores, por lo que se resolvió la cesación en dicha conducta y la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incoación de un procedimiento sancionador por parte de Telefónica por incumplimiento de la legislación vigente en materia de tarifas reguladas.

- En la Resolución de 28 de julio de 2005 (Expediente número MTZ 2005/752) se confirmaron los extremos apuntados en las resoluciones anteriores en relación con las prácticas anticompetitivas cometidas y probadas por TESAU en el segmento de las tarjetas de prepago a través de una figura intermedia, sus Agentes Distribuidores, y se resolvió iniciar la tramitación del procedimiento en el curso del cual se adoptó la medida cautelar de 10 de noviembre de 2005 impugnada.

En este sentido, es preciso recordar aquí que en el momento de la adopción de la medida cautelar impugnada TESAU era operador dominante en el mercado de redes y servicios telefónicos fijos disponibles al público, al haber sido declarado así por la Resolución del Consejo de esta Comisión de de 11 de septiembre de 2003¹, y que las obligaciones derivadas de ostentar tal condición entonces vigentes se determinaban en función de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, Apartado 3, de la LGTel, que establece que *“los mercados de referencia 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, TESAU, 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, entre ellos los de transparencia y no discriminación (artículo 13 de la LGTel), por lo que TESAU estaba (y 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. Asimismo, TESAU debía cumplir con la regulación tarifaria vigente en ese momento²

¹ 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 (Expediente número OM 2003/465).

² La 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 la 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, TESAU 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 TESAU 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. Y por otra parte, TESAU 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 público³.

No obstante las obligaciones expuestas y las alegaciones de TESAU en los procedimientos previos en el sentido de que aparentemente cumplía con las mismas, del análisis de los datos que obran en poder de esta Comisión y de las inspecciones realizadas se deduce la existencia de un presunto trato discriminatorio de favor por parte de TESAU en las condiciones que aplica a sus Agentes Distribuidores. Lo anterior resulta de que el número de minutos ofrecido por las tarjetas prepago comercializadas por los Agentes Distribuidores de TESAU es significativamente mayor al número de minutos que efectivamente podrían comercializar en caso de que aplicaran los precios regulados generales menos los correspondientes descuentos procedentes del “Programa Masterbono Proveedores”. Correlativamente el precio efectivo por minuto es significativamente inferior al de los precios regulados y, en algunos casos, incluso queda por debajo de la cuantía del recargo obligatorio para las llamadas efectuadas desde Terminales de Uso Público (TUP) ni otros costes asociados a la comercialización del producto.

En definitiva, los Agentes Distribuidores de TESAU estarían comercializando tarjetas prepago a precios significativamente inferiores a los regulados para este tipo de servicios de reventa de tráfico telefónico del Operador Dominante, vendiendo a pérdidas de manera continuada, algo que no parece ser sostenible a medio plazo en un mercado tan dinámico y competitivo como el de las tarjetas telefónicas de prepago; ello solo resultaría posible si se produjese una de estas dos situaciones:

- Que TESAU estuviera aplicando en la práctica unos precios por minuto efectivos inferiores a los regulados para poder retribuir adecuadamente a sus Agentes, lo que demostraría que la mencionada operadora habría estado incumpliendo la regulación de precios, al tiempo que su conducta era discriminatoria a favor de sus “Agentes Distribuidores”;

³ 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”,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- O bien, que TESAU estuviese subvencionando las pérdidas continuadas de sus Agentes Distribuidores mediante remuneraciones encubiertas y no justificadas económicamente en términos de ahorros de costes.

En resumen, esta Comisión detectó que TESAU podría estar incurriendo en, al menos, dos comportamientos contrarios a sus obligaciones como operador dominante: por una parte, el incumplimiento del principio de no discriminación y por otra parte la vulneración de la regulación tarifaria vigente en materia de precios regulados del Operador Dominante. Estos incumplimientos se han prolongado de forma acumulativa en el tiempo, y ha tenido efectos negativos en el segmento de mercado de la comercialización de la reventa de tráfico telefónico a través de tarjetas de prepago, por lo que la medida cautelar impugnada era necesaria y estaba plenamente justificada, al ser una medida más de esta Comisión dentro de las que ha ido adoptando para restablecer las condiciones de competencia efectiva en dicho segmento del mercado.

Dicha apariencia de buen derecho ha sido confirmada además por la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de enero de 2006, que finalizó la tramitación del procedimiento administrativo número MTZ 2005/752 confirmando el sentido de las medidas cautelares adoptadas el 10 de noviembre de 2005, ya que se acordó limitar la retribución de TESAU a sus Agentes Distribuidores a un nivel compatible con los precios regulados vigentes, limitar asimismo los descuentos aplicables a los regulatoriamente vigentes, e imponer a dicho operador la obligación de solicitar previamente autorización a esta Comisión para la generación de códigos PIN de tarjetas prepago para garantizar que se respetan las limitaciones señaladas.

QUINTO.- La necesidad y urgencia de la medida para asegurar la eficacia de la resolución definitiva (el *periculum in mora*).

Por las razones antes señaladas, y tal y como se fundamentó en la Resolución impugnada, era evidente la necesidad y urgencia de adoptar la medida cautelar, para evitar que tanto TESAU como sus Agentes Distribuidores persistiesen en su conducta anticompetitiva en perjuicio de los competidores en el segmento de mercado de la comercialización de tarjetas telefónicas de prepago y en el mercado conexo del tráfico telefónico internacional, lo que podría causar la expulsión del mercado de éstos y el deterioro de las condiciones de competencia al disminuir la oferta, con unos efectos a largo plazo perjudiciales tanto para los competidores como para los consumidores. Dicha urgencia se acrecentaba por el carácter reiterado y prolongado en el tiempo de la conducta de TESAU y de sus Agentes Distribuidores, como ya se ha expuesto.

En efecto, debido a que el mercado de las tarjetas telefónicas de prepago es un mercado competitivo y muy dinámico, el comportamiento anticompetitivo de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

discriminación en la política tarifaria seguida por TESAU podría suponer, como de hecho esta Comisión ha podido constatar, por una parte, la expulsión de facto de los competidores y, por otra, perjudicar seriamente la competencia en mercados conexos.

En este sentido, según las numerosas denuncias presentadas por los operadores, y las conclusiones a las que ha llegado esta Comisión en distintas Resoluciones⁴, la acción de TESAU tendía a reforzar su posición de dominio en el mercado de tráfico, al aplicar un trato discriminatorio hacia sus Agentes Distribuidores, haciendo que la posición de éstos sea diferente (más ventajosa) a la de cualquier otro Agente Distribuidor de otros operadores, lo que les permite hacer ofertas minoristas más atractivas para el consumidor:

- La comercialización de tarjetas lleva asociada la elección del operador de telecomunicaciones que cursará la llamada.
- La discriminación positiva de TESAU en favor de sus Agentes Distribuidores les facilitaba a éstos su crecimiento en el segmento de las tarjetas de prepago, pero suponía paralelamente una progresiva concentración de todo el tráfico generado por ellos para ser cursado por la red de TESAU.
- El efecto excluyente en el segmento de las tarjetas prepago se extendía a los mercados mayoristas conexos de tráfico internacional, ya que los descuentos que ofrecía TESAU reducían la contratación de servicios de tráfico mayorista a terceros operadores, que disponen de mejores precios de salida internacional.

En definitiva, la no aplicación del recargo y el trato discriminatorio de TESAU hacia sus Agentes Distribuidores en el segmento de tarjetas prepago reforzaban su posición de dominio en el mercado conexo de tráfico internacional en perjuicio de sus competidores, deteriorando progresivamente las condiciones de competencia en el mercado, como se estaba evidenciando en las cuotas mensuales de mercado por ingresos tanto de TESAU como de los demás operadores competidores en dicho segmento de tráfico.

Por todo lo anterior, para frenar dicha tendencia y posibilitar la concurrencia competitiva de operadores y de revendedores alternativos en dicho segmento de mercado, se hacía urgente y necesaria la adopción de medidas cautelares que asegurasen, de manera inmediata, la no persistencia de comportamientos anticompetitivos por parte de TESAU, así como el efecto útil de la resolución que finalmente se dictase. Tales medidas incidieron no sólo en las tarifas a aplicar en un futuro por parte de TESAU a sus Agentes, sino que también afectaron a aquellos minutos de tráfico ya presentes en los canales de

⁴ Resolución de 28 de octubre de 2004 (Expedientes AEM 2004/1491 y 2004/1681), Resolución de 30 de diciembre de 2004 (Expediente AEM 2004/1681), Resolución de 31 de Marzo de 2005 (Expediente AEM 2004/1844), Resolución de 28 de julio de 2005 (Expediente MTZ 2005/752).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distribución (cesar en la activación de PINES y exigencia de autorización previa de esta Comisión para crearlos en el futuro), puesto que sólo así se garantizaba la efectividad de la intervención de esta Comisión y el traslado real de las medidas que se adoptasen.

SEXTO.- Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados.

En cuanto a las alegaciones de SRI y TESAU en el sentido de que la medida cautelar impugnada causaría perjuicios de difícil o imposible reparación a los Agentes Distribuidores afectados, hay que exponer que ambas entidades se limitan a efectuar esa afirmación genérica, sin aportar prueba alguna al respecto ni a concretar, detallar y cuantificar dichos presuntos perjuicios.

Frente a esa alegación genérica e inconcreta esta Comisión se reitera en los análisis de mercado efectuados y en los fundamentos jurídicos invocados para la adopción de la Resolución cautelar de 10 de noviembre de 2005, y parcialmente reproducidos en anteriores párrafos de esta Resolución, en el sentido de que era necesaria y urgente dicha medida cautelar, ya que de no adoptarse la misma se hubiera acentuado la desventaja competitiva de los competidores de dichos Agentes Distribuidores de TESAU, y de los operadores alternativos en el mercado conexo de los servicios de tráfico telefónico internacional, así como en general un mayor deterioro en las condiciones de competencia efectiva en ambos segmentos del mercado y un refuerzo de la posición dominante de TESAU en el mismo; todo ello sí era (y es) un perjuicio cierto de difícil o imposible reparación que esta Comisión estaba obligada a evitar.

Por tanto, frente a alegaciones genéricas sobre un perjuicio teórico e inconcreto derivado de la aplicación de la medida cautelar adoptada se oponía la necesidad de aplicar la normativa sectorial vigente, de garantizar la competencia en el mercado, y la evidencia de un perjuicio cierto a otros revendedores y operadores y a las condiciones de competencia efectiva en el mercado en el caso de no adoptar aquélla, con lo que concurrían la exigencia legal de la ponderación de los intereses en juego y la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación.

SÉPTIMO.- Inexistencia de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Por último, en cuanto a la alegación de indefensión efectuada por SRI e indirectamente también por TESAU, según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”. Como ya se ha expuesto en párrafos anteriores, no ha lugar a invocar indefensión puesto que en el procedimiento del que trae causa la resolución recurrida se cumplieron escrupulosamente las previsiones procedimentales contenidas en la LRJPAC y de la Jurisprudencia para la adopción de medida cautelares.

Pero además, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 65) y 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998, 178), no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador, puesto que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial, y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. Así, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, lo que no es el caso ya que los recurrentes pudieron impugnar en vía contencioso-administrativa la resolución recurrida desde que fue notificada la misma (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC), y asimismo podrá hacerlo de nuevo desde que seña notificados de la presente Resolución.

Además ya se ha mencionado anteriormente que en el caso concreto de las medidas cautelares, su adopción prescindiendo del trámite de audiencia está previsto en el artículo 72 de la LRJPAC y, por tanto, no implica indefensión alguna, por cuanto que además la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en la tramitación del procedimiento en curso pueda manifestar lo que a su derecho e intereses convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo.

En definitiva, que no cabe la alegación de indefensión por haber existido respecto a las previsiones procedimentales legales y por no haber lugar a la invocación del derecho a la tutela judicial en el marco de un procedimiento administrativo no sancionador.

OCTAVO.- El alcance de la Resolución de 10 de noviembre de 2005.

En cuanto a la alegación de TESAU en el sentido de que esta Comisión carecería de habilitación competencial para imponer obligaciones a los Agentes Distribuidores de tarjetas de prepago, ya que no eran operadores de comunicaciones electrónicas de acuerdo con la definición de los mismos y de los servicios de comunicaciones electrónicas establecidas en el Anexo II, Apartados 21 y 28, de la LGTel, y que, sin embargo, esta Comisión les imponía



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mediante dicha Resolución, utilizando a TESAU como “intermediaria” a través de la solicitud de información para autorizar la generación de PINES (Resuelve Tercero), hay que rechazar esa alegación de TESAU en el sentido de que, como claramente se desprende del texto de dicha Resolución y concretamente de su Parte Dispositiva, las obligaciones de hacer y de no hacer impuestas cautelarmente por esta Comisión en la Resolución impugnada se dirigen únicamente a TESAU, en cuanto operador de comunicaciones electrónicas.

Pero además, invocando el mismo artículo 48.2 de la LGTel que utiliza TESAU para efectuar su alegación, hay que afirmar la capacidad regulatoria de esta Comisión, que tendrá competencias de *“establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de Telecomunicaciones”*; y en el mismo artículo 48, Apartado 3, letra E, le atribuye a esta Comisión la función de *“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, (...) y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”*. Así, y como ya se ha afirmado, las prácticas anticompetitivas de TESAU objeto de esta Resolución, utilizando a sus Agentes Distribuidores, se producen no sólo en los canales de comercialización de las tarjetas prepago sino que de manera conexa afectan también a revendedores y operadores del servicio telefónico comercializado en dichas tarjetas, y afectan tanto a la pluralidad de oferta del servicio telefónico a través de tarjetas prepago como a la correcta formación de los precios, al incumplir la normativa vigente en materia de precios regulados y de ausencia de discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de red.

En consecuencia, procede rechazar de plano dicha alegación de TESAU.

NOVENO.- Sobre la solicitud de suspensión formulada por INSTANT.

Por último, la entidad INSTANT comunicaba en su recurso la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la citada Resolución de 10 de noviembre de 2005, y que en dicho recurso solicitó a la Sala la suspensión de la ejecución del acto objeto de la impugnación y le causó perjuicios, por lo que solicitaba de esta Comisión la suspensión cautelar de las medidas cautelares contenidas en la Resolución de 10 de noviembre de 2005 hasta que dicha Sala resolviese sobre la suspensión de la ejecutividad de la misma.

Sin embargo, a dicha solicitud hay que oponer primeramente lo establecido en el artículo 57.1 de la LRJPAC, que dispone la ejecutividad de los actos administrativos desde la fecha en que se dicten, y en segundo lugar que la Audiencia Nacional no ha notificado, hasta la fecha, Auto requiriendo a esta Comisión para que suspenda la ejecutividad ni la efectividad total o parcial de la Resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, al no existir previamente un acto que hubiera acordado la suspensión en vía administrativa, en este caso no nos encontramos ante el supuesto contemplado en el artículo 111.4 de la LRJPAC, por el que se prevé un supuesto de prórroga de la suspensión acordada en vía administrativa, cuando también se solicite la suspensión en la vía contencioso-administrativa.

Por tanto, la solicitud de suspensión del acto en vía jurisdiccional sólo impedirá la ejecutividad inmediata del acto en el supuesto de que esté vigente la suspensión acordada en vía administrativa⁵.

Además dicha suspensión ya no tendría utilidad alguna desde el momento en que, como ya se ha expuesto en los Antecedentes de Hecho, sobre el objeto del procedimiento en que tuvo lugar la medida cautelar impugnada ya ha recaído Resolución definitiva del Consejo de esta Comisión, de fecha 25 de enero de 2006.

Por tanto, se ha producido la desaparición sobrevenida del objeto de la solicitud de INSTANT al respecto.

En apoyo de lo anterior, conviene traer a colación lo manifestado por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) en su Sentencia de 24 de febrero de 2004 (Recurso contencioso-administrativo 938/2002) que resolvió un recurso interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 29 de abril de 2002.

En la citada Sentencia se dice:

“(...) Pues bien, una cuestión similar, en la que se suscitaba el tema de la compatibilidad entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecutividad de las resoluciones administrativas, ha sido examinada por esta Sala en la Sentencia de 16 de diciembre de 2003, recaída en el recurso tramitado bajo el número 815/02. En ella se establecía como criterio de la Sala:

Los principios de tutela judicial efectiva y de ejecutividad de las resoluciones administrativas no son incompatibles (como recuerda, entre otras, la STC 78/96). Naturalmente, aquél quedaría vacío de contenido si la Administración procediera de modo que su actuación quedase materialmente fuera de control jurisdiccional, y ello incluso en aquellos supuestos en que formalmente la Administración manifestare expresamente no pretender eludir dicho control.

⁵ Vid. entre otras: Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 15 abril 2003. Recurso de Casación núm. 11666/1998. (Fundamento de derecho tercero) (RJ 200\4183)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, la anterior afirmación no comporta necesariamente la paralización absoluta de toda actividad de la Administración tendente a la ejecución de sus propios actos por el simple hecho de que la controversia haya tenido entrada en sede judicial y se haya solicitado la suspensión cautelar del acto o resolución impugnado ante el Tribunal. Lo contrario, esto es, la aceptación incondicionada y sin matiz alguna de la tesis de que la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional conlleva, automáticamente, del desapoderamiento absoluto de la Administración para ejecutar sus propios actos, comportaría, con toda probabilidad, la quiebra del principio constitucional de eficacia (artículo 103 CE) con grave perjuicio para el interés general, cuya satisfacción exige no sólo que se respeten los derechos fundamentales de las personas, y más concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), sino también que se concilie en la medida de lo posible la protección de esos derechos con la celeridad de la actuación administrativa de ejecución de sus propios actos o resoluciones mientras éstos gocen de la presunción legal de validez (artículo 57 Ley 30/92) y conserven su ejecutividad con arreglo a las prescripciones legales.

Deviene en esta resolución que teniendo en cuenta que en el sector de las telecomunicaciones no existe una previsión legal de los efectos que deben acompañar a la solicitud de suspensión instada en sede jurisdiccional como otros ámbitos en defecto de previsión legal ad hoc, resultan de aplicación las reglas generales sobre la ejecutividad de los actos administrativos, a tenor de las cuales lo normal es que la Administración pueda ejecutar sus propios actos, de manera que la medida cautelar de suspensión no se adoptará automáticamente, en virtud de la simple petición del administrado, sino únicamente cuando tras el correspondiente estudio de las circunstancias concurrentes en el caso concreto se constate el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para ello.

Por tanto, si el Legislador no ha querido que en supuestos como el presente la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional genere automáticamente el efecto de suspender la ejecutividad del acto o resolución impugnado habremos de concluir que, en principio, aun formulada aquélla, la mencionada ejecutividad continúa vigente, con la consecuencia de que la Administración puede adoptar decisiones tendentes a materializar dicha ejecución, si bien no ilimitadamente, pues, como antes dijimos, la adecuada satisfacción del interés general exige que el mantenimiento del principio de ejecutividad de los actos administrativos se articule en forma tal que en la práctica sea compatible con la protección del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva. Por ello, cuando se solicite la suspensión del acto impugnado en vía jurisdiccional, mientras no recaiga resolución en la pieza cautelar incoada al efecto, la Administración sólo podrá realizar actuaciones tendentes a la ejecución de aquél que no comprometan definitivamente, de manera irreversible, la decisión judicial que pudiera dictarse al respecto, ni constituyan obstáculos de entidad relevante para su materialización. Así lo exigen también el deber de lealtad procesal de las partes, anudado al principio de la buena fe, y el respeto al reparto de poderes establecido en la Constitución". (Del Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia)

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades SOCIEDAD REGIONAL DE INFORMÁTICA, S.A., INSTANT TELEKOM SERVICES, S.L.U. y CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS, S.L. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de noviembre de 2005, por la que se adoptaron medidas cautelares en relación con la comercialización de determinados soportes-tipo por parte de los agentes distribuidores de tarjetas telefónicas prepago de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por estar la misma 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 potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. 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