



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 43/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 21 de diciembre, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L, CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CMT DE 25 DE ENERO DE 2006, RELATIVA A LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN RELACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADOS SOPORTES TIPO POR PARTE DE LOS AGENTES DISTRIBUIDORES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L. (en adelante CLM) contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2006, relativa a la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los agentes distribuidores de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de de julio de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/265

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 25 de enero de 2006 el Consejo de esta Comisión adoptó el siguiente acuerdo sobre el asunto de referencia:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

Tercero.- Las prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U consistentes en la aplicación de descuentos encubiertos discriminatorios no justificados a sus clientes mayoristas para la comercialización de tarjetas prepago, apalancándose en la posición de dominio del grupo Telefónica con respecto al mercado de telefonía de uso público en el dominio privado como actividad secundaria, dominio público, y dominio público sujeto a concesión, constituyen una conducta abusiva prohibida cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de Telefónica de España, S.A.U en el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público.

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

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 sancionador contra Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal por incumplimiento del régimen de precios regulado y de la Resolución de 31 de marzo de 2005.*

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

El procedimiento administrativo del que trae causa la resolución de 25 de enero de 2006 impugnada por el presente recurso 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 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 que dio lugar a la Resolución objeto del presente recurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de enero de 2006 objeto de impugnación, finalizó la tramitación del procedimiento administrativo número MTZ 2005/752 confirmando el sentido de las medidas cautelares adoptadas el 10 de noviembre de 2005. Tal Resolución acuerda 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 TESAU 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.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de febrero de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de CLM, en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 25 de enero de 2006.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada, solicitando la anulación de la misma, de conformidad con lo establecido en los párrafos a) y e) del artículo 62.1ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), considerando a su vez la vulneración del derecho constitucional a la defensa que consagra el art. 24 de la Constitución Española.

En concreto, CLM fundamenta su recurso en los siguientes aspectos:

1. No pudo acceder a la vista del expediente, lo que supone una vulneración del derecho constitucional a la defensa que consagra el art. 24 de la Constitución.

CLM manifiesta no haber podido acceder al expediente del que trae causa el presente recurso en el trámite de audiencia por causas totalmente ajenas a la recurrente, alegando la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida contemplada en los párrafos a) y e) del artículo 62 de la LRJPAC.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pretende intervenir en el libre mercado del tráfico internacional.

CLM fija sus precios exclusivamente en función de sus costes y margen de beneficio esperado.

3. El informe de los servicios sobre la presunta vulneración del régimen de precios con efectos anticompetitivos se basa en presunciones e indicios no fundados, vulnerando con ello los derechos establecidos en el artículo 24 y 25 de la Constitución.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4. Los dudosos criterios seguidos en la inspección de 22 de noviembre de 2005 por cuanto que no se explican los criterios o pasos seguidos para llegar a esas conclusiones.

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de marzo de 2006, se notificó a los interesados la apertura del procedimiento, adjuntando a los mismos una copia del escrito del recurso interpuesto, para que en el plazo de 10 días alegasen cuanto estimasen.

Con fecha 30 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones presentado por TESAU, en el que la referida entidad se muestra plenamente conforme con la interposición por la entidad recurrente del Recurso de Reposición, dados los vicios de nulidad y anulabilidad que en la Resolución recurrida se aprecian. En concreto, TESAU manifiesta lo siguiente:

1. Vicios de nulidad y anulabilidad (artículos 62 y 63 de la LRJPAC) de la resolución recurrida respecto de los Acuerdos Primero, Segundo y Tercero. TESAU fundamenta su demanda de nulidad en el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto el 24 de marzo de 2006 ante la Audiencia Nacional, no presentando en este escrito de alegaciones argumento alguno en que dicha solicitud se apoya.
2. La CMT carece de competencia para imponer obligaciones a los Agentes Distribuidores. En todo caso, la CMT se está excediendo de sus competencias al imponer a TESAU la obligación de solicitar la autorización de PINES y de remitir a esta Comisión toda la información relativa a las tarjetas del Agente Distribuidor para las que se solicitan los PINES (Acuerdo cuarto de la Resolución recurrida), generándoles perjuicios desproporcionados en relación al interés público que se pretende proteger. Lo que en realidad hace dicha Resolución es imponer, de forma mediata, a los Agentes Distribuidores, la obligación de remitir a la CMT toda la información relativa a las tarjetas que comercializa, so pena de no autorizar la generación de sus PINES. Por tanto, la Resolución de 25 de enero de 2006 es nula de pleno derecho, ya que, de forma mediata y utilizando a TESAU como intermediario, impone obligaciones desproporcionadas al fin perseguido (incumplimiento del artículo 10.4 de la Ley 32/2003) a entidades no sometidas a ella por relación de sujeción alguna (no entrando los agentes distribuidores dentro del ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 32/2003).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite y delimitación del objeto

La Resolución de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2006 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, fundamentando la solicitud sobre la base del artículo 62 de la LRJPAC, tal y como exige el artículo 107 de la propia LRJPAC.

Por todo ello, esta Comisión considera que el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la citada Ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el Recurso de Reposición interpuesto por la entidad CLM contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2006.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, tal y como dispone el artículo 117.2 de la LRJPAC.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación.

Sobre la legitimación activa, el artículo 31.1.b.¹ de la LRJPAC define el concepto de interesado como *“los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”*.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que los derechos de la entidad recurrente resultaron afectados por la Resolución hoy impugnada, de 25 de enero de 2006 (MTZ 2005/752), por cuanto que impuso a TESAU la obligación de solicitar previamente autorización de esta Comisión para la generación de códigos PIN de tarjetas prepago. Resulta evidente que CLM, como agente distribuidor, resultó afectado por tal Resolución de 25 de enero de 2006.

En atención a lo anterior, ha de reconocerse legitimación activa a CLM para la presentación del presente recurso potestativo de reposición.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

CLM plantea la supuesta vulneración en la resolución recurrida de dos derechos fundamentales, los artículos 24 y 25 de la Constitución, por haber declarado esta Comisión la presunta vulneración del régimen de precios con efectos anticompetitivos, *“basándose únicamente en presunciones e indicios no fundados”*.

A su vez, CLM alega la violación del artículo 24 de la Constitución que consagra el derecho a la defensa, al haber lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, incurriendo la Resolución recurrida en un vicio de nulidad de pleno derecho en aplicación del artículo 62 de la LRJPAC.

Con carácter previo, debe destacarse que dichos derechos (artículos 24 y 25 de la Constitución), que constituyen realmente un solo derecho, el derecho de defensa, no son derechos que puedan ser invocados en el procedimiento recurrido. En efecto, es jurisprudencia conocida del Tribunal Constitucional que los derechos y garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución sólo se aplican en los procedimientos jurisdiccionales o en los administrativos de carácter sancionador (vid. STC 54/03, de 24 de marzo, por todas). Por ello, aun cuando se pudiesen acreditar los vicios procedimentales manifestados por la recurrente, no habría lugar a la apreciación de la causa de nulidad del art.

¹ STS de 11 junio 2002 (RJ 2002\7931) *“...sí genera en éste un perjuicio económico concreto que le atribuye la condición de interesado a los efectos del art. 23 b) de la ya vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y, hoy, del art. 31.1 b) de la Ley 30/1992...”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

62.1.a) de la LRJPAC, al no violarse ningún derecho susceptible de amparo constitucional.

PRIMERO.- SOBRE EL VICIO DE NULIDAD DE PLENO DERECHO ALEGADO POR CLM, POR NO HABER PUESTO DE MANIFIESTO EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LA CITADA ENTIDAD LOS PROCEDIMIENTOS INSTRUIDOS.

CLM manifiesta no haber podido acceder al expediente del que trae causa el presente recurso en el trámite de audiencia por causas totalmente ajenas a la recurrente, alegando la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida contemplada en los párrafos a) y e) del artículo 62 de la LRJPAC, así como la vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Frente a esta alegación hemos de significar que la irregularidad en el trámite de audiencia debe producir indefensión para ser considerada nula de pleno derecho por el artículo 62 de la LRJPAC.

El Informe de Audiencia que fue puesto de manifiesto a los interesados contenía toda la información del expediente de referencia que podía hacerse pública, por lo que no se podía acceder a la información no incluida en tal informe al tener la misma carácter confidencial.

Cabe significar que la irregularidad en el trámite de audiencia, de existir, se configuraría en todo caso como un defecto de forma que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63.2 de la LRJPAC, únicamente determinaría, en su caso, la anulabilidad del acto, cuando careciese de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o diese lugar a indefensión de los interesados.

Con carácter general y, por lo que se refiere a la indefensión, debe indicarse que se trata de un concepto relativo que hay que interpretar desde la perspectiva del procedimiento en su conjunto, a lo largo del cual el interesado tiene diferentes oportunidades de defenderse y poner de manifiesto sus puntos de vista.

La infracción formal consistente en una irregularidad en el trámite de audiencia no comporta necesariamente la indefensión, sino que es necesario que tal irregularidad procesal haya causado un real y efectivo menoscabo en los derechos de defensa y contradicción del interesado. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que, *“la falta de audiencia sólo tendrá relevancia constitucional en cuanto haya podido ocasionar, no sólo una indefensión formal, sino también material”* (Sentencia nº 212/1994, de 13 de julio, FJ 4ª).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido se han pronunciado diferentes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo².

Por ende, se subraya que, aun en el supuesto de considerar el acontecimiento acaecido (imposibilidad de acceso al expediente) un error imputable a esta Comisión, no se podría afirmar la falta de audiencia³.

Además, 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.

Asimismo, la indefensión se produciría si no se pudiese acceder a la vía judicial, no siendo éste el caso que nos ocupa, ya que la recurrente pudo 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 la presente Resolución sea notificada.

No es pertinente por tanto alegar la vulneración del artículo 24 de la CE, ya que, aun cuando se pudiese acreditar el vicio procedimental alegado por la recurrente, no habría lugar a la apreciación de la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la LRJPAC, al no violarse ningún derecho susceptible de amparo constitucional.

SEGUNDO.- SOBRE EL RESTO DE ALEGACIONES REALIZADAS POR CLM.

1º.- Sobre que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones interviene en el libre tráfico telefónico internacional de CLM.

² Por todas, la Sentencia de fecha 12 de marzo de 1998 (Ar. 3490) que en relación a la omisión del trámite de audiencia, señala en su Fundamento de Derecho Tercero que *"la indefensión, por falta de audiencia del interesado, (...) dado el antiformalismo del Derecho Administrativo, ha de rechazarse, pues si el interesado en vía de recurso administrativo ha tenido ya oportunidad de defenderse y de hacer valer sus puntos de vista a través de un nuevo o primario traslado del Expediente y de sus consecuentes escritos de alegaciones o demanda, puede y debe entenderse que la omisión inicial del trámite de audiencia, (...) ha quedado subsanada y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad y puridad del control de la actitud o conducta de la Administración"*.

³ El Tribunal negó la falta de audiencia en la Sentencia de 21 de febrero de 1981 (RJ 1981, 442) en un supuesto en que lo ocurrido fue que, en el traslado que se dio a la empresa, se olvidó de consignar, entre todos los nombres de los reclamantes, el de la interesada, considerando que no podía elevarse tal error a la categoría de falta de audiencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente afirma fijar sus precios exclusivamente en función de sus costes y margen de beneficio esperado.

La resolución recurrida analizó 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 suponía una violación del Derecho Sectorial de Telecomunicaciones), justificando la intervención de esta Comisión para restablecer las condiciones de competencia efectiva en ese segmento del mercado.

Llama la atención de esta Comisión el hecho de que CLM haya alegado que los precios finales a los distintos destinos realizados a través de tarjetas prepago se realice sobre la base de los costes más un margen comercial, cuando esta Comisión ha demostrado en repetidas ocasiones que los precios de las tarjetas de todos los agentes distribuidores de Telefónica estaban incluso por debajo de la cuantía del recargo de 4,79 céntimos de euro/minuto para las llamadas realizadas desde terminales de uso público.

Adicionalmente a lo anterior, esta Comisión no puede aceptar como cierta la afirmación de la existencia de una orientación a costes más un margen de beneficio, cuando los Agentes Distribuidores supuestamente estarían comprando minutos a Telefónica a precios de price cap menos el Plan Masterbono proveedores, para posteriormente vender a precios sensiblemente inferiores a los anteriores y aún así obtener un margen comercial.

Carece de fundamento, por tanto, acusar a esta Comisión de intervenir en el tráfico telefónico internacional, al estar la misma plenamente habilitada competencialmente para ello conforme a la legislación sectorial de telecomunicaciones vigente.

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículo 11.4., debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras”*.

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

2º.- Sobre que el informe de los servicios, relativo a la presunta vulneración del régimen de precios con efectos anticompetitivos realizado por esta Comisión, se basa en presunciones e indicios no fundados, vulnerando con ello los derechos establecidos en el artículo 24 y 25 de la constitución.

CLM plantea la supuesta vulneración por parte de la resolución recurrida de dos derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución, el derecho a un procedimiento contradictorio y el derecho a la defensa.

Como se argumenta anteriormente, no procede la invocación de los artículos 24 y 25 de la Constitución en un procedimiento administrativo no sancionador. Por tanto, aun cuando se pudiese acreditar que esta Comisión se ha basado en presunciones e indicios no fundados, no habría lugar a la aplicación de la causa de nulidad del art. 62.1.a) de la Ley 30/92, al no violentarse ningún derecho susceptible de amparo constitucional.

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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 sean notificados la presente Resolución o desde que el presente recurso se entienda desestimado por silencio administrativo por parte de esta Comisión.

3º.- Sobre los dudosos criterios seguidos por esta Comisión en la inspección de 22 de noviembre de 2005, por cuanto que no se explican los criterios o pasos seguidos para llegar a esas conclusiones.

Esta Comisión no puede compartir la alegación de la recurrente sobre que no estaban especificados los criterios y parámetros de la inspección realizada el pasado 22 de noviembre de 2005, por cuanto que la propia Resolución especificaba en una tabla todos ellos.

De nuevo la recurrente alega una vulneración de “*sus más elementales derechos*”, por razón de su desacuerdo con las conclusiones a las que llegó esta Comisión por el análisis de la inspección realizada el 22 de noviembre de 2005.

Carecen de base jurídica y veracidad tanto la alegación anterior expuesta por la recurrente como la presente, al limitarse a criticar un “*planteamiento sobre presunciones e indicios no fundados*” y “*unos dudosos criterios que no explican los pasos seguidos para alcanzar tales conclusiones*”. Aunque la recurrente no alega expresamente una violación del artículo 54.1 de la LRJPAC, es preciso aclarar que en la Resolución impugnada no existe falta de motivación al ser ésta amplia y detallada en la exposición de razones en que se fundamenta.

La Resolución recurrida detallaba pormenorizadamente las actuaciones realizadas en la inspección, así como las lógicas conclusiones a las que llegaba. A lo largo de la misma, se puede comprobar, cuando menos, que tales conclusiones no están basadas en meras presunciones, sino que son fruto de un estudio minucioso de la situación actual del mercado.

La exigencia contenida en el artículo 54.1 de la LRJPAC se traduce en la obligación de exteriorizar las razones que sirven de fundamento a la decisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

administrativa, realizando una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión, en aras de permitir a los afectados ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en Sentencia de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), señalaba lo siguiente:

“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.

El artículo 54 de la LRJPAC no exige motivación exhaustiva, basta con una motivación suficiente para que no se produzca indefensión alguna. No obstante, se puede afirmar que en la Resolución impugnada se motivan todas y cada una de las conclusiones y medidas adoptadas de una forma pormenorizada y exhaustiva.

El recurrente confunde su disconformidad con la Resolución, con una ausencia de motivación por parte de esta Comisión.

Dicho todo lo anterior, cabe concluir que la Resolución recurrida fue motivada suficientemente por esta Comisión, que expuso y desarrolló correctamente, con la debida separación entre hechos y fundamentos de Derecho, las circunstancias que justificaban la conveniencia de declarar la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los agentes distribuidores de TESAU y adoptar las medidas necesarias para solventar tal situación.

TERCERO.- SOBRE LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR TESAU.

1º.- Vicios de nulidad y anulabilidad (artículos 62 y 63 de la LRJPAC) de la resolución recurrida respecto de los Acuerdos Primero, Segundo y Tercero.

TESAU apoya su solicitud de nulidad en los motivos alegados en el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto el 24 de marzo de 2006 ante la Audiencia Nacional, no presentando en este escrito de alegaciones argumento alguno que acredite la existencia de la nulidad pretendida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2º.- Sobre que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para imponer obligaciones a los Agentes Distribuidores.

TESAU alega que esta Comisión se estaría excediendo de sus competencias al imponerle la obligación de solicitar la autorización de PINES y de remitir a esta Comisión toda la información relativa a las tarjetas del Agente Distribuidor para las que se solicitan los PINES (Acuerdo Cuarto de la Resolución recurrida), generándole perjuicios desproporcionados en relación al interés público que se pretende proteger.

TESAU sostiene que lo que en realidad hace dicha Resolución es imponer, de forma mediata, a los Agentes Distribuidores, la obligación de remitir a la Comisión toda la información relativa a las tarjetas que comercializa, so pena de no autorizar la generación de sus PINES. Por tanto, la Resolución de 25 de enero de 2006 es nula de plena derecho, ya que, de forma mediata y utilizando a TESAU como intermediario, impone obligaciones desproporcionadas al fin perseguido (incumplimiento del artículo 10.4 de la Ley 32/2003) a entidades no sometidas a ella por relación de sujeción alguna (no entrando los agentes distribuidores dentro del ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 32/2003).

En cuanto a la alegación de TESAU en el sentido de que esta Comisión carece de habilitación competencial para imponer obligaciones a los Agentes Distribuidores de tarjetas de prepago, ya que no son operadores de comunicaciones electrónicas, y que, sin embargo, esta Comisión les impone mediante la Resolución impugnada, utilizando a TESAU como “intermediaria” a través de la solicitud de información para autorizar la generación de PINES (Resuelve Cuarto), hay que rechazarla de plano, ya que resulta obvio que las obligaciones de hacer y de no hacer impuestas 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 aludido por TESAU para efectuar su alegación, esta Comisión afirma su capacidad regulatoria, con competencias de *“establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de Telecomunicaciones”*; y 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”* (mismo artículo 48, Apartado 3, letra E).

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 constituir un caso de discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de red.

Es necesario precisar que TESAU incurre en un error de apreciación al considerar que la Resolución impugnada infringe el artículo 10.4 de la Ley 32/2003 en la adopción de medidas impuestas a TESAU.

Las condiciones impuestas a TESAU no se adoptan en virtud del artículo 10.4 de la Ley 32/2003, sino sobre la base del artículo 11.4 de la misma Ley que otorga a esta Comisión la facultad de intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos del artículo 3.

Por tanto, las obligaciones y condiciones que se impongan deben ser objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias (artículo 11.5 de la Ley 32/2003), principios moduladores y moderadores de las condiciones a imponer por esta Comisión.

En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de las medidas adoptadas por esta Comisión no excederán de lo necesario para alcanzar el objetivo por el cual se aplican. La imposición de estas medidas a TESAU ha sido realizada con pleno respeto a tales principios, y una ponderación escrupulosa entre los perjuicios causados y el interés público que trata de protegerse.

Por ende, TESAU, como operador dominante en el mercado de servicios de telefonía fija en el momento que se dictó la resolución impugnada⁴, está sometido a principios generales que rigen el acceso a redes o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, estando sometido, entre otras, a las obligaciones de transparencia y no discriminación (artículo 13 de la LGTel, artículos 7 y 8 del Real Decreto 2296/2004 por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración), por lo que TESAU estaba (y está) sometida a la obligación de suministrar accesos a su red y a los servicios de

⁴ 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 2003. 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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 momento⁵.

Es decir, TESAU debía aplicar en aquel momento 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 éstos mayoristas o minoristas, deberá ser objeto de aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión. 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 público⁶.

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) y de 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

⁵ 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.

⁶ 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

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”;
- 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 estaría 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 intervención de esta Comisión era imperiosa y estaba plenamente justificada, al ser una medida necesaria para restablecer las condiciones de competencia efectiva en dicho segmento del mercado.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por CENTRO DE LOCUTORIOS MADRILEÑOS S.L., contra la Resolución de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2006, relativa a la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los agentes distribuidores de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, 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