



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 39/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de noviembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU en relación con la toma de conocimiento por parte del Consejo de esta Comisión de un informe sobre la comercialización de un paquete de acceso telefónico, voz fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil de Telefónica de España SAU denominado “Movistar Fusión” (AJ 2012/2132).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resoluciones del Consejo de esta Comisión de 22 de enero y 5 de marzo de 2009.

En el Resuelve Quinto de la Resolución de 5 de marzo de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas¹ (en adelante, Resolución del Mercado 1) se impuso a Telefónica de España, S.A.U (en adelante TESAU) el cumplimiento de las obligaciones regulatorias *ex ante* recogidas en el Anexo 1 de la misma.

El Apartado 3 del Anexo 1 establece las obligaciones relativas a la provisión de los servicios al por menor en los términos siguientes:

“Conforme a lo dispuesto en el art. 18 del Reglamento de Mercados y 17 de la Directiva de Servicio Universal, TESAU no podrá comercializar ofertas minoristas, que impliquen riesgos para la libre competencia como los descritos en el presente informe y otros de efecto similar, tales como:

- *Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios);*
- *Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...);*

¹ MTZ 2008/1085



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Prácticas discriminatorias, en particular, discriminación abusiva en términos de precios;*
- *Cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).*

A estos efectos, esta CMT realizará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de intervención ex ante que las ANRs sectoriales tienen atribuidos al objeto de la prevención de sus efectos en la competencia en los mercados definidos al amparo del nuevo marco. En particular, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones.”

El Apartado 4 del mismo Anexo 1 se refiere a la obligación de transparencia en relación con los precios minoristas:

“La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica a TESAU de la obligación de comunicación por TESAU a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios de referencia con suficiente antelación, incluyendo el desglose de los precios en el caso de paquetes (art. 18 del Reglamento de Mercados y 17 de la Directiva de Servicio Universal).

Se entenderá sujeta a la obligación anterior tanto las tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, planes de precios, paquetes de servicios, tarifas especiales y cualquier otro tipo de ofertas, combinadas o no, de las anteriores.

Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes. Esta obligación implica que TESAU está obligado a notificar cualquier modificación de los precios y condiciones aplicables, con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.

Pasado dicho plazo sin oposición de la CMT, TESAU podrá comercializar el servicio, al precio indicado, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT.

Se excluyen de la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU a clientes cuya facturación global, por todos los conceptos con ella, supere los 12.000 euros.

Ello implica que TESAU está obligada a conservar un registro completo de clientes y sus correspondientes contratos, ofertas y facturación con suficiente grado de desglose durante la vigencia de los mismos. Durante este período, TESAU estará obligada a poner a disposición de la CMT esta información previa solicitud de ésta.

En relación con la obligación de transparencia aquí establecida, serán también de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones.”

En sentido análogo, la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los mercados de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluyendo el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas² (en adelante, Resolución de Mercados 4 y 5) establece una obligación de tenor similar³.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Vodafone España SAU.

Mediante escrito de fecha 8 de octubre de 2012, Vodafone España SAU (en adelante, VODAFONE) presentó recurso de reposición ante el Registro Electrónico de esta Comisión.

² MTZ 2008/626.

³ Véanse páginas 147 y 168 de la citada resolución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante su escrito, VODAFONE impugna un posible acto presunto de esta Comisión, por silencio administrativo positivo, consistente en la autorización a favor de TESAU de la comercialización de las ofertas “Movistar Fusión”.

Los motivos de impugnación aducidos por VODAFONE en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- Vulneración de los principios de transparencia y publicidad en el procedimiento seguido por parte de esta Comisión para el análisis de las ofertas “Movistar Fusión”, con infracción del artículo 20 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en relación con el artículo 48.6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (en adelante, LGTel).

2º.- Naturaleza irreplicable de la oferta “Movistar Fusión”, que no puede ser contestada por ninguno de los operadores alternativos a TESAU según se desprende de un análisis efectuado por la propia entidad recurrente.

TERCERO.- Solicitud de subsanación.

Con fecha 23 de octubre de 2012, se remitió a VODAFONE escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 24 de octubre de 2012, en cuyo Fundamento Cuarto se requería al operador recurrente para que, en el plazo improrrogable de diez días:

“subsane su solicitud mediante la identificación clara e inequívoca de la resolución o acto administrativo impugnado, entendiendo como tal una resolución o acto administrativo impugnado, es decir, que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 107.1, 110.1 y 116.1 de la LRJPAC.

Asimismo se advierte que al recurso de reposición de VODAFONE le falta la página 14, por lo que también deberá ser remitida dicha página dentro del plazo de subsanación anteriormente indicado.

Se señala que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su solicitud, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la misma LRJPAC.”

CUARTO.- Escrito de VODAFONE de 11 de octubre de 2012.

Mediante escrito fechado el día 11 de octubre de 2012, VODAFONE acompañó copia íntegra del recurso de reposición con la página 14 que había sido omitida en el escrito de interposición, subsanando este extremo.

QUINTO.- Escrito de VODAFONE de 2 de noviembre de 2012.

Mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2012, VODAFONE ha dado contestación al requerimiento de subsanación al que se refiere el antecedente tercero, alegando que, a su juicio, el Consejo de esta Comisión sí adoptó el 20 de septiembre de 2012, y después de tramitar un procedimiento administrativo, un acuerdo consistente en la autorización de la comercialización de las ofertas “Movistar Fusión”, visto el contenido de la nota de prensa fechada ese mismo día y difundida por el organismo regulador. Dicho acuerdo constituye, a juicio de la recurrente, el objeto del recurso de reposición interpuesto por VODAFONE.



II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- CALIFICACIÓN DEL ESCRITO

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que el recurso potestativo de reposición puede fundarse "en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley".

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, aludiendo específicamente a la causa de anulabilidad del artículo 63.1 LRJPAC, por posible infracción del ordenamiento jurídico y, concretamente por una presunta vulneración de los artículos 20 LES y 3.1.a) LGTel⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede calificar el escrito presentado por VODAFONE como recurso potestativo de reposición.

SEGUNDO.- LEGITIMACIÓN DE LA ENTIDAD RECURRENTE PARA INTERPONER EL RECURSO

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 compareció y efectuó alegaciones en la consulta pública del expediente MTZ 2008/1085 que dio lugar a la Resolución de 5 de marzo de 2009 (Mercado 1)⁵, siendo interesado en el expediente MTZ 2008/626 que terminó con la Resolución de 22 de enero de 2009 (Mercados 4 y 5)⁶.

En atención a lo anterior, y considerando que en las dos resoluciones mencionadas de 22 de enero y 5 de marzo de 2009 se impusieron a TESAU las obligaciones de comunicar con antelación a esta Comisión los precios y condiciones aplicables a los servicios de referencia, se reconoce legitimación activa a VODAFONE para la interposición del recurso potestativo de reposición en virtud de lo previsto en el artículo 31 LRJPAC.

TERCERO.- COMPETENCIA Y PLAZO PARA RESOLVER

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver sobre el recurso de reposición, al considerar la entidad recurrente que el presunto acto fue dictado por ese órgano, según prevé el artículo 116.1 de la LRJPAC.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJPAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. Tal como prevé el artículo 43 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

⁴ Véanse páginas 8 y 12 del recurso de VODAFONE.

⁵ Véase escrito de 22 de agosto de 2008 presentado por VODAFONE y que consta en el expediente MTZ 2008/1085, así como las referencias al mismo contenidas en las páginas 2, 18, 55, 61, 77 y 81 a 84 de la propia Resolución de 5 de marzo de 2009 (MTZ 2008/1085).

⁶ Véanse las páginas 3, 67, 177, 178, 182, 191, 193, 195, 197, 198, 200, 201, 215 y 221 de la citada Resolución de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626).



CUARTO.- OBJETO DE RECURSO Y ANÁLISIS DE SU ADMISIBILIDAD

4.1 Necesidad de concurrencia de una resolución o acto administrativo recurribles para proceder a la admisión a trámite del recurso.

En el artículo 107.1 de la LRJPAC se prevé que:

*“contra las **resoluciones** y los **actos** de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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 esta Ley.”*

Del tenor literal del precepto transcrito se desprende que todo recurso ha de tener por objeto, o bien una resolución o bien un acto de trámite, este último cualificado. En otras palabras, debe existir una “resolución” o “acto” administrativo previos para que pueda admitirse a trámite el recurso, tal y como lo viene indicando la jurisprudencia, y, entre otras, en las SSTs de 18 de febrero de 2011, 26 de enero de 1982 y 2 de abril de 1979⁷.

En la STS de 18 de febrero de 2011 se dice que:

“La existencia de acto previo es presupuesto de admisibilidad y en el supuesto de que no exista acto administrativo previo de la Administración demandada que pueda ser cotejado u homologado por el Tribunal con el Ordenamiento Jurídico para decidir sobre su conformidad o disconformidad con el mismo, procede declarar la inadmisibilidad del recurso, que es lo que hizo la sentencia recurrida. Que un acto pueda calificarse de administrativo constituye un presupuesto para poder utilizar los medios de impugnación en vía administrativa y acudir a los Tribunales en demanda de justicia frente a la Administración.”

Y en la STS de 2 de abril de 1979 se confirma la inadmisión a trámite de un recurso cuando en el escrito de interposición

“no se ha precisado, con una exigencia identificadora mínima, el acto recurrido, lo que constituye un defecto formal en aquel escrito (...) y aún puede añadirse que no hay constancia de la realidad de ese acto, por lo que falta lo que es presupuesto necesario de la revisión”

Y ello porque la finalidad del recurso de reposición, como se indica en la STS de 20 de noviembre de 1987⁸ es “*facilitar a la Administración la posibilidad de rectificar su decisión*”, lo que carece de sentido cuando dicha decisión (en forma de resolución o acto) no existe, tal y como se indicará en el siguiente apartado.

4.2 Inexistencia de acto o resolución administrativos en el caso del recurso interpuesto por VODAFONE.

En el Expositivo II de su recurso, ratificado en su escrito de subsanación de fecha 2 de noviembre de 2012, VODAFONE expone que, de acuerdo con el contenido de una nota de prensa de esta Comisión de 20 de septiembre de 2012, “*y no existiendo resolución expresa del Consejo sobre la cuestión*”, entiende “*que la CMT ha autorizado la comercialización de las ofertas “Movistar Fusión” de TESAU mediante silencio administrativo positivo, al haber transcurrido, con toda probabilidad, 15 días desde que este último operador comunicara la*

⁷ RC 3719/2006, RJ 1982\299 y RJ 1979\1943.

⁸ RJ 1987\9255.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oferta sin existir oposición expresa a la misma”, según lo establecido en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 5 de marzo de 2009 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución del Mercado 1).

No obstante, debe señalarse que no ha existido “*acto presunto*” alguno de autorización por parte de esta Comisión.

Por lo que se refiere a la identificación de un posible acto presunto en los términos que refiere la compañía recurrente, cabe señalar que la producción de un acto presunto como consecuencia de un “silencio administrativo” pasa ineludiblemente por la circunstancia de que exista un acto de inicio del procedimiento.

La concurrencia de un acto previo de inicio del procedimiento resulta necesaria a tenor de lo establecido tanto en el artículo 43 de la LRJPAC, referido a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, como en el artículo 44 de la misma Ley, referido a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado. Este acto de inicio (acuerdo de inicio o solicitud de interesado) son el detonante para que pueda producirse, por transcurso del plazo máximo sin resolver, un acto presunto.

En el caso objeto de impugnación, no es posible identificar ningún hito que pueda erigirse en este acto de inicio que, por inobservancia del plazo, determinase la producción de un acto presunto. En este sentido, no existe instancia alguna de ningún interesado solicitando el inicio de un procedimiento de autorización. En este sentido, el escrito de remisión de las ofertas por parte del operador incumbente se limitaba a comunicar a esta Comisión las referidas ofertas, pero sin solicitar, en modo alguno, la iniciación de procedimiento alguno ni, mucho menos, la adopción de resolución al respecto. Tampoco se acordó por esta Comisión la adopción de un acuerdo de oficio para iniciar un procedimiento de autorización.

En ausencia de hitos iniciadores de un procedimiento (es decir, no habiéndose solicitado, ni promovido de oficio la apertura de un procedimiento de autorización de las ofertas minoristas) no puede considerarse válidamente que se haya producido, por el mero transcurso del tiempo, un efecto del silencio consistente en la constitución de un acto de autorización.

Por último, y en relación con la referencia del recurrente a la “nota de prensa”, junto al posible “acto presunto” mencionado en el recurso, debe señalarse que no puede considerarse impugnabile en vía administrativa el contenido de una nota de prensa informativa, al carecer de naturaleza resolutoria y limitarse a expresar consideraciones o pareceres⁹, no persiguiendo la creación o modificación de situaciones jurídicas y no teniendo efectos imperativos o decisorios¹⁰. Así, en la STS de 26 de enero de 1982 antes citada se dice que:

“en nuestro ordenamiento jurídico es básico que el recurso contencioso-administrativo se dirija contra un acto de la Administración sujeto al derecho Administrativo que tenga carácter decisorio y respecto del cual pueda emitirse un juicio con fuerza jurídica acerca de su adecuación o no a derecho.”

⁹ Véase STSJ Andalucía (Granada) núm.395/1997, de 17 de marzo de 1997 (RJCA 1997\384).

¹⁰ Véase STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) núm.1393/1998, de 21 de diciembre de 1998 (RJCA 1998\5132).



4.3 Utilización del recurso por parte de la entidad recurrente para finalidad distinta a la revisora prevista en el artículo 107 LRJPAC.

Como se ha dicho en el apartado 4.1 de la presente Resolución, el objeto de todo recurso ha de ser necesariamente la revisión de un acto o resolución administrativos, según prevé el artículo 107 LRJPAC. Lo que no cabe es, a través de la vía de recurso, perseguir fines distintos a los revisores, y más aún cuando no existe decisión alguna objeto de revisión, como se indica en la STSJ Valencia núm.983/2002, de 27 de julio de 2002¹¹:

“...la inadmisión del recurso deducido contra la presunta desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 13 de julio de 2000, es conforme a Derecho en cuanto, en realidad, se pretendía una declaración de ruina a través de dicho recurso que, aún entendida como solicitud, es evidente que no cabía estimar su desestimación presunta, por lo que, dada la concreta y precisa pretensión de la actora, la impugnación deducida en la instancia tuvo por objeto, en sentido propio, un acto presunto inexistente.”

En este caso, lo que la entidad impugnante pretende, a través de la revisión, es introducir una petición o conjunto de peticiones de medidas en materia de derecho sectorial de fomento y salvaguarda de la competencia. Así se desprende de los Solicito Primero y Tercero de la página 14 del recurso de reposición, en los que el operador recurrente pide la prohibición de comercialización de las ofertas “Movistar Fusión” y, subsidiariamente, la adopción de una serie de medidas en materia de precios mayoristas.

Al respecto cabe recordar que en el apartado 4 del Anexo 1 de la Resolución de 5 de marzo de 2009 citada en el Antecedente Primero (Resolución del Mercado 1) se señala expresamente que la obligación de remisión de datos comerciales a TESAU se impone, “*sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT*”. En otras palabras, aunque TESAU remita la información económica de sus ofertas en cumplimiento de las Resoluciones de los Mercados 1, 4 y 5, esta Comisión está facultada para actuar posteriormente con el fin de preservar y promover la competencia sectorial, según prevé el art.10.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), así como para garantizar la pluralidad de la oferta de los servicios de comunicaciones electrónicas, en aplicación del art.48.4.e) LGTel, adoptando, en su caso y si lo considerara conveniente, las medidas reconocidas por la jurisprudencia, y, entre otras, en las SSTS de 17 de diciembre de 2008 y de 29 de junio, 6 de octubre y 23 de diciembre de 2010¹².

En este sentido, y con relación a la misma materia planteada por VODAFONE en su recurso, diversos operadores han presentado a esta Comisión distintos escritos –que no recursos-, tramitados actualmente bajo el procedimiento AEM 2012/2061¹³.

La propia entidad recurrente dirigió un escrito a esta Comisión en fecha 27 de septiembre de 2012, que consta en el citado expediente AEM 2012/2061, y en el que se trata la misma materia objeto del posterior recurso de reposición (esto es, la irreplicabilidad económica de las ofertas Movistar Fusión DSL), aunque en el recurso se desarrolla con más detalle¹⁴. Así se desprende del cotejo de la página 2 del escrito de 27 de septiembre con la página 11 del recurso de reposición¹⁵.

¹¹ Rollo núm.419/2001.

¹² RC 2530/06, RC 5133/07, RC 1338/08 y RC 2565/08.

¹³ Entre otros, pueden citarse los escritos de 20 de septiembre de 2012 de Xfera Móviles SA, de 10 de octubre de 2012 de Jazz Telecom SA y de 19 de octubre de 2012 de France Telecom España SA.

¹⁴ Véanse las páginas 10 a 12 del recurso de reposición de Vodafone y Anexo al mismo.

¹⁵ Concretamente en la página 2 del escrito de 27 de septiembre se dice que: “*Las otras dos opciones del conjunto de ofertas incluidas en Pereovistar Fusión se prestarían sobre la red de cobre con velocidades de hasta 10Mbps de bajada, lo que hace que sí sean replicables técnicamente por los operadores alternativos con los servicios mayoristas que presta TESAU pero no*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, la actuación de VODAFONE por la vía del recurso de reposición supondría para dicho operador ir contra sus propios actos y, concretamente, según lo indicado en la STS de 24 de diciembre de 1991¹⁶, estaría obrando contra el contenido “*voluntario, concluyente e indubitado*” vertido en su escrito de 27 de septiembre.

Tanto de la conducta del operador recurrente como de los actos de otros operadores se desprende lo ya indicado a lo largo de la presente resolución: la inexistencia de decisión administrativa recurrible y la necesidad de que VODAFONE, si lo considera adecuado a sus intereses, presente su solicitud y efectúe alegaciones en el procedimiento administrativo que se instruye bajo el expediente AEM 2012/2061.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU en relación con la toma de conocimiento por parte del Consejo de esta Comisión de un informe sobre la comercialización de un paquete de acceso telefónico, voz fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil de Telefónica de España SAU denominado “Movistar Fusión”.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.

replicables desde el punto de vista económico.” Y en la página 11 del recurso de reposición se dice que: “con la aplicación estricta de la metodología aprobada por la CMT el resultado que ofrece nuestro ejercicio es la no replicabilidad económica de las ofertas “Movistar Fusión DSL”.

¹⁶ RJ 1992\315.



Voto particular de Inmaculada López Martínez en su condición de Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U. en relación con la toma de conocimiento por parte del Consejo de esta Comisión de un informe sobre la comercialización de un paquete de acceso telefónico, voz fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil de Telefónica de España SAU denominado “Movistar Fusión” (AJ 2012/2132).

Expongo en este Voto Particular las razones que me han llevado a votar en contra de aprobar de esta Resolución.

1. Sobre el objeto y contenido de la Resolución

El objeto de la Resolución es responder a un escrito de Vodafone España S.A.U. (en adelante Vodafone) con fecha de 8 de octubre de 2012, en el que la entidad manifiesta presentar un “*recurso potestativo de reposición*” contra un “*acto presunto*” de la CMT, consistente en la autorización por silencio administrativo de las ofertas denominadas “Movistar Fusión”, ofertas que, según Vodafone, se empezaron a comercializar el 1 de Octubre de 2012. En opinión de Vodafone, la existencia del “*acto presunto*” se deduce de la propia comercialización de las ofertas desde esa fecha y de la información proporcionada por la Nota de prensa publicada por la CMT el 20 de septiembre de 2012, cuyo texto encabeza su escrito.

En el escrito de Vodafone se incluyen, además, las conclusiones de un ejercicio realizado por esta compañía en aplicación, según se dice, de la metodología aplicada por la CMT y, a partir del cual, se concluiría que las ofertas “Movistar Fusión” no son replicables por los operadores alternativos a Telefónica. También se solicita en el escrito una medida cautelar consistente en la suspensión del acto recurrido (lo que supondría la paralización de las ofertas de Telefónica) por haber sido adoptado, a su juicio, con infracción del ordenamiento jurídico, en particular del artículo 20 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y del artículo 48.6 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

Como reacción a este escrito, la CMT envía otro a Vodafone el 22 de octubre de 2012¹. En él, se argumenta que la regulación impuesta por la CMT en las Resoluciones de los Mercados 4-5² y 1³ (aprobadas en enero y marzo de 2009, respectivamente) en relación con

¹ Expediente: AJ 2012/2132.

² Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea.



la obligación impuesta a Telefónica de comunicar sus ofertas comerciales antes de su lanzamiento al mercado se limita a la formulación de las “comunicaciones previas” y “no implica en modo alguno la sumisión de dichas ofertas a un procedimiento de autorización previa por parte de esta Comisión” (...).”

Se añade que, dado que el informe del que “*tomó conocimiento*” el Consejo en la sesión del 20 de septiembre de 2012 “*no indicaba la concurrencia de factores que pudieran determinar una práctica anticompetitiva*”. De lo anterior, se concluye que “*de acuerdo con la normativa aplicable antes señalada no ha existido ningún procedimiento administrativo, ni ninguna resolución expresa o presunta del mismo, ya que el régimen de fijación de precios de los servicios y ofertas minoristas de TESAU. Se argumenta en el escrito que “únicamente cuando las ofertas comunicadas por TESAU puedan implicar, a juicio de la Comisión, potenciales riesgos para la libre competencia, esta Comisión puede realizar los trámites oportunos y dictar las resoluciones necesarias, incluida la de paralización de la comercialización efectiva de dichas ofertas. En otro caso no puede, al amparo de la referida regulación de estos mercados, tramitar procedimiento administrativo alguno, ni dictar ninguna resolución ni acto administrativo en relación con dicha comunicación*”.

Finalmente, se requiere a la entidad “*que en un plazo de 10 días, subsane su solicitud mediante la identificación clara e inequívoca de la resolución o acto administrativo impugnado, entendiéndose como tal una resolución o acto administrativo impugnado, es decir, que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 107.1, 110.1 y 116.1 de la LRJPAC.*”

Vodafone remite a la CMT un nuevo escrito con fecha de 2 de noviembre de 2012 en el que afirma que el acto recurrido es el realizado en la reunión del Consejo de 20 de septiembre de 2012 “*mediante el cual el Consejo aprobó, o autorizó, o dio el visto bueno o entendió que no había objeciones que poner a las ofertas minoristas de Telefónica de España S.A.U*”. En opinión de Vodafone, el contenido de la nota de prensa publicada en la web de la CMT reflejaría la voluntad de permitir la comercialización de las ofertas a partir de los análisis realizados a los que se hace referencia en propia nota.

En concreto, Vodafone manifiesta que “De acuerdo con el uso corriente del lenguaje, **las palabras utilizadas por la CMT en su nota de prensa** (“visto bueno”, “considera”, “comprobado”, “no encuentra inconveniente”) **dan a entender que la voluntad de su Consejo es la de autorizar, aprobar o permitir las ofertas de Telefónica sobre las cuales ha realizado ciertos “análisis” o en relación a las cuales ha examinado ciertos “análisis realizados” por los servicios.** Y si este entendimiento es correcto, lo que se ha debido producir, en consecuencia, estuviera o no recogido en el orden del día de la sesión o en el acta de la misma, es un **acto de aprobación o autorización, en sentido material**”.

También en contra de lo manifestado por la CMT en su escrito, Vodafone considera que efectivamente existió un procedimiento administrativo. En su opinión, los “**análisis realizados**” que se mencionan en la nota de prensa, “**han de haberse desarrollado en el seno de un procedimiento administrativo, procedimiento que culmina con una**

³ Resolución de 5 de marzo de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea.



decisión que no es otra que la de permitir o no permitir la comercialización de la oferta comunicada por Telefónica. Así por ejemplo en la “Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5 y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de sus ofertas comerciales” de 15 de julio de 2010 la propia CMT habla de que la comunicación de una determinada oferta de Telefónica “*da lugar a un **proceso de análisis***” en el que acaba “***decidiendo sobre la viabilidad de su comercialización***” y que la metodología forma parte de la “***práctica decisoria de la CMT***” y “*asegura que sólo estarán disponible en el mercado aquellas ofertas de Telefónica **verificadas por la CMT y consideradas conformes** en el ordenamiento jurídico*”.

A partir de estos antecedentes, en la Resolución objeto de este Voto se sostiene de nuevo que no ha existido ningún acto administrativo, ni tampoco ningún procedimiento. En mi opinión, la Resolución no contiene un análisis suficiente de los argumentos expuestos por Vodafone en su último escrito y, en consecuencia, no se han podido extraer las conclusiones pertinentes.

En la Resolución se argumenta que, de acuerdo con el artículo 107.1 de la LRJPAC, “*todo recurso ha de tener por objeto, o bien una resolución o bien un acto de trámite, este último cualificado*”. Y se insiste en que no ha existido “*acto presunto*” alguno de autorización por parte de esta Comisión. Con respecto al primer escrito de la CMT, se añade, como nuevo argumento, que *la producción de un acto presunto como consecuencia de un “silencio administrativo” pasa ineludiblemente por la circunstancia de que exista un acto de inicio del procedimiento. Pero ese acto de inicio, se asegura, no ha existido; y ni lo ha solicitado Telefónica al comunicar sus ofertas, ni lo ha realizado de oficio la CMT.*

En los epígrafes siguientes de este documento se analiza por qué considero que ha existido un acto y un procedimiento asociado al lanzamiento al mercado de las ofertas Fusión, por más que ambos pudieran adolecer de algunos defectos formales cuya valoración y consecuencias jurídicas, en cualquier caso, no corresponden a esta Consejera.

En mi opinión, si cuando Telefónica comunica a la CMT ofertas comerciales no existiera un procedimiento administrativo, ni se realizara ningún acto de aprobación o autorización por parte de la CMT, para dar “luz verde” a las mismas una vez realizados y valorados los análisis pertinentes, entonces Telefónica difícilmente podría demostrar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la CMT en las resoluciones de los Mercados 1 y 4-5, en el supuesto de un recurso jurisdiccional. En particular, su obligación de no lanzar ofertas que incurran en alguna de las conductas prohibidas por la regulación establecida en ambos mercados y la obligación de comunicar sus ofertas con antelación antes de su comercialización efectiva, cumpliendo con los plazos establecidos.

2. Sobre el procedimiento de comunicación de las ofertas comerciales de Telefónica

Como cualquier otra administración pública, la CMT realiza un acto administrativo cuando aplica el ordenamiento jurídico a un supuesto determinado. Por otra parte, el acto administrativo debe emanar de un órgano de la administración en ejercicio de una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico. Por tanto, conviene, de entrada, identificar, en el caso que nos ocupa, cuál es la competencia atribuida por el ordenamiento jurídico ejercida por la CMT y asociada al posible acto administrativo en cuestión, acto consistente en autorizar o “dar luz verde” a la comercialización efectiva de las ofertas “Fusión Movistar”.



Como se señala en la Resolución objeto de este Voto, el Consejo de la CMT ha impuesto a Telefónica la obligación de comunicar sus ofertas minoristas con antelación a su comercialización en dos resoluciones ya mencionadas: en la Resolución de los denominados mercados 4 y 5 (de 22 de enero de 2009) y en la posterior Resolución sobre el Mercado 1 (de 5 de marzo de 2009).

En la Resolución de los mercados 4 y 5, la CMT y, en concreto, su Consejo (el órgano competente para hacerlo) identificó a TESAU como operador con peso significativo de mercado (PSM) y le impuso la obligación de proporcionar los servicios mayoristas de acceso de banda ancha (con velocidad nominal hasta 30 Mbit/s) a todos los operadores.

Para asegurar la efectividad de esta obligación, se impusieron una serie de obligaciones y restricciones adicionales al comportamiento de Telefónica, entre ellas, la prohibición de comercializar ofertas minoristas que impliquen riesgos para la libre competencia (proporcionado una relación de posibles prácticas anticompetitivas: estrechamientos de márgenes y precios predatorios, empaquetamientos abusivos o injustificados, prácticas discriminatorias, cláusulas contractuales abusivas por fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...).

A su vez, para asegurar la efectividad de esta prohibición, la CMT impuso a TESAU y al Grupo Telefónica la obligación del grupo de comunicar a la CMT los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva, con el fin de poder llevar a cabo un ejercicio de supervisión de todas y cada una de las ofertas minoristas que incluyan servicios de banda ancha antes de su lanzamiento al mercado. En el caso de introducción por TESAU o cualquier empresa de su grupo empresarial, de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, se exigió presentar a la CMT una propuesta para modificar la OBA con al menos 1 mes de antelación a su comercialización.⁴ También se establecieron obligaciones de comunicación previa para las nuevas modalidades de servicios minoristas de banda ancha con parámetros técnicos no incluidos en la oferta mayorista de Telefónica; en particular, se exigió la presentación a la CMT de una propuesta para modificar su oferta de referencia con al menos tres meses de antelación.⁵

⁴ Véanse páginas 168-170. En concreto, en el epígrafe d se señala lo siguiente: “d) *Comunicación por TESAU a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes (Arts. 13.1 e) de la LGTel y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso). Se entenderán sujetas a la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU o cualquier empresa de su Grupo, así como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas en el marco de ofertas minoristas de acceso de banda ancha. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes. Esta obligación implica que TESAU o cualquier empresa de su Grupo está obligada comunicar a la CMT los citados precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha, con un mínimo de quince días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva. En el caso de introducción por TESAU o cualquier empresa de su Grupo empresarial, de modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de banda ancha de TESAU”.*

⁵ Véase epígrafe “e) *Comunicación por TESAU a la CMT de los nuevos servicios así como de la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha con suficiente antelación (Arts. 13.1 e) de la LGTel Y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso). En el caso de lanzamiento de modalidades en los servicios minoristas de banda ancha ofrecidos por TESAU o cualquier empresa de su Grupo empresarial que incluyan parámetros técnicos no incluidos en su oferta mayorista, este operador deberá comunicarlo y presentar a esta Comisión con al menos 3 meses de antelación a su*



Tras imponer estas obligaciones de comunicación a la CMT, se hace una referencia adicional al procedimiento de control de preventivo de las ofertas comerciales de TESAU en los siguientes términos (pág. 167):

A estos efectos, la CMT realizará el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas anteriores de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de la intervención ex ante que las ANR tienen atribuidos. En particular, serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Resolución de 26 de julio de 2007 por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (MTZ 2006/1486), así como sus sucesivas actualizaciones.

Posteriormente, en la Resolución de 5 de marzo de 2009 sobre el Mercado 1, el Consejo de la CMT identificó a TESAU como operador con PSM imponiéndole una serie de obligaciones y restricciones a sus ofertas de servicios de en este mercado, entre ellas la prohibición genérica de llevar a cabo prácticas anticompetitivas, proporcionando una lista de posibles prácticas de este tipo.

Según se manifiesta en esta resolución, el “análisis del tipo de prácticas antes descritas requiere de un control preventivo por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo a la comercialización efectiva de las ofertas minoristas por parte de TESAU. “(pág. 64). Para poder llevar a cabo ese ejercicio de ese control preventivo se impuso una obligación de “transparencia en relación con los precios minoristas” que se traducía en la obligación de notificar cualquier modificación de los precios y condiciones de los servicios incluidos en este mercado (tanto las tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, planes de precios, paquetes de servicios, tarifas especiales y cualquier otro tipo de ofertas, combinadas o no, de las anteriores) con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva.⁶

Para definir con mayor precisión el procedimiento de control ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, se señala lo mismo que en la resolución del mercado 5: el análisis de las eventuales prácticas anticompetitivas se llevará a cabo de acuerdo con los procedimientos de valoración propios de la intervención ex ante que las ANR tienen

comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAU. Una vez el nuevo servicio mayorista regional esté operativo, el plazo de comunicación previa para las modificaciones a que hace referencia este apartado será de 1 mes”.

⁶ En concreto, en la página 72 de la citada Resolución se establece lo siguiente: “4.- *Obligación de transparencia en relación con los precios minoristas. La efectividad de esta obligación requiere la imposición genérica a TESAU de la obligación de comunicación por TESAU a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios de referencia con suficiente antelación, incluyendo el desglose de los precios en el caso de paquetes (art. 18 del Reglamento de Mercados y 17 de la Directiva de Servicio Universal). Se entenderá sujeta a la obligación anterior tanto las tarifas generales como todo tipo de reducciones sobre las mismas, planes de precios, paquetes de servicios, tarifas especiales y cualquier otro tipo de ofertas, combinadas o no, de las anteriores. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes. Esta obligación implica que TESAU está obligado a notificar cualquier modificación de los precios y condiciones aplicables, con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva. Pasado dicho plazo sin oposición de la CMT, TESAU podrá comercializar el servicio, al precio indicado, sin perjuicio de las potestades de intervención posterior de la CMT. Se excluyen de la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU a clientes cuya facturación global, por todos los conceptos con ella, supere los 12.000 euros. Ello implica que TESAU está obligada a conservar un registro completo de clientes y sus correspondientes contratos, ofertas y facturación con suficiente grado de desglose durante la vigencia de los mismos. Durante este período, TESAU estará obligada a poner a disposición de la CMT esta información previa solicitud de ésta”.*



atribuidos y, en particular, serán de aplicación las disposiciones de la Resolución de 26 de julio de 2007 y sus posteriores actualizaciones.

Por tanto, en mi opinión, en estas dos resoluciones el Consejo de la CMT fundamenta el procedimiento administrativo en cuestión en la aplicación de la normativa *ex ante* (y, en concreto, en las obligaciones impuestas por la CMT a TESAU en su condición de PSM en los mercados citados) y establece su requisito básico: la obligación de comunicación de las ofertas comerciales de Telefónica antes de su lanzamiento.

En estas dos resoluciones de 2009 se establecen también algunos rasgos adicionales -y esenciales- de este procedimiento, que más adelante, en la Resolución de 15 de julio de 2010 a la que hace referencia el segundo escrito de Vodafone, la CMT denominaría “*análisis preventivo de las ofertas comerciales de Telefónica, con carácter previo a su comercialización*”.⁷ Estos rasgos adicionales son los siguientes:

- La CMT debe examinar las ofertas comerciales de Telefónica a las que se hace referencia en las dos resoluciones antes citadas para evaluar si son anticompetitivas o no; para determinar si, con su lanzamiento, Telefónica incurre en una práctica prohibida que conllevaría ulteriores actuaciones por parte de la CMT: ya sea paralizando la oferta para actuar en los mercados mayoristas de banda ancha (en caso de estrechamiento de márgenes, para modificar los precios de los servicios mayoristas si Telefónica opta por no modificar sus precios minoristas) o prohibiendo las ofertas minoristas en caso de que afecten a servicios del Mercado 1. El órgano de la CMT encargado de evaluar los análisis que se realicen y de decidir si la práctica es anticompetitiva o no es el Consejo. No hay establecida una delegación de esta competencia a cualquier otro órgano de la CMT.
- La identificación de las “*eventuales prácticas anticompetitivas*” exige llevar a cabo un examen de todas las ofertas comerciales sujetas a la regulación de la CMT en estos dos mercados, sin que se permita excluir ninguna.⁸
- En relación a la antelación con que Telefónica debe comunicar a la CMT sus ofertas habría que tener en cuenta las distintas exigencias impuestas en las Resoluciones del Mercado 1 y 4-5⁹:

⁷Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales.

⁸ Este rasgo del procedimiento se reitera en la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A., por el presunto incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición de los mercados 4 y 5, y de la Resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis *ex ante* de sus ofertas comerciales, de 15 de julio de 2010, en el párrafo siguiente: “La Resolución del mercado 4 y 5 y las distintas Resoluciones adoptadas a lo largo del tiempo por la CMT explicitan las razones por las que se entiende que el análisis preventivo de las ofertas de Telefónica debe recaer sobre todas sus ofertas (no sobre la mayoría de sus ofertas). Por tanto, un único supuesto es suficiente para dar lugar al incumplimiento de la obligación impuesta a Telefónica de comunicación previa”. (Pag.29) Subrayado añadido.

⁹ En su escrito de 8 de Octubre, Vodafone cita el texto de la Resolución del Mercado 1 donde se impone la obligación de comunicación de las ofertas correspondientes a este mercado con una antelación de 21 días y en una nota a pie de página (la número 2) señala que ese plazo se redujo a 15 en la Resolución de los Mercados 4 y 5. Esto mismo se recoge en el escrito de contestación de la CMT. Ahora bien esta última Resolución (de 22 de enero de 2009), por un lado, es anterior a la del Mercado 1 (de 5 de marzo de 2009) y, por otro, hace referencia a las obligaciones de comunicación relacionadas con los servicios de banda ancha, mientras que la del Mercado



En la Resolución del Mercado minorista de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija (Mercado 1) se impone a Telefónica la obligación de notificar cualquier modificación de los precios y condiciones aplicables a sus servicios de acceso telefónico fijo, con al menos 21 días de antelación a su aplicación/comercialización efectiva. Esta obligación aplica tanto a las tarifas generales como a todo tipo de reducciones sobre las mismas, incluyendo promociones temporales.

En la Resolución sobre el Mercado mayorista de acceso a Internet de banda ancha (Mercado 5), en la que se analiza también el mercado 4, se impone a Telefónica las siguientes obligaciones:

- a) obligación de comunicación previa para cualquier lanzamiento de nuevos servicios de banda ancha que incluyan parámetros técnicos no incluidos en la oferta de referencia de TESAU con una antelación de menos 3 meses y de 1 mes una vez que el nuevo servicio mayorista regional previsto en la Resolución esté operativo.¹⁰
 - b) Comunicación previa de 15 días para cualquier nuevo servicio minorista de banda ancha o para bono, promoción, descuento, etc. sobre los servicios existentes.
 - c) En relación a la cuota de abono, y en el caso de Telefónica introdujera modalidades con nuevas estructuras de precios en la cuota de abono mensual, deberá presentar a la CMT con al menos 1 mes de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA.
- Al fijarse la antelación con que Telefónica debe comunicar sus ofertas a la CMT como paso previo a su comercialización se establece un rasgo adicional del procedimiento: el plazo en el que deberá realizarse. Éste no deberá exceder del periodo de antelación con que Telefónica debe comunicar a la CMT sus ofertas, para que ninguna de ellas quede sin analizar, de modo que, en el caso de que se concluya que la oferta resulta anticompetitiva, ello pueda notificarse a Telefónica antes del lanzamiento al mercado de la oferta.
 - El análisis para valorar el carácter anticompetitivo o pro competitivo de las ofertas se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones de la Resolución de 26 de julio de 2007 y sus posteriores actualizaciones.

La concreción de otros rasgos adicionales del procedimiento establecido, más allá de los que se fijan en las resoluciones de los mercado 1 y 4-5, se lleva a cabo en la Resolución de 2007 y en sus posteriores actualizaciones. La primera de ellas destaca que la metodología que con ella se aprueba constituye “una herramienta de análisis ex ante y, por tanto, aplicada para identificar los efectos previsibles, no los efectos constatables, de las prácticas

1 se refiere a los servicios de acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija. Por otro parte, la referencia que hace Vodafone a la resolución sobre la de comunicación impuestos a TESAU, se refiere a la reducción de los plazos impuestos a las ofertas afectadas por la Regulación del mercado 5, que en la Resolución del análisis de de mercado de 2006 se habían fijado en 30 días.

¹⁰ El nuevo servicio al que hace referencia esta resolución es el servicio NEBA que no puede considerarse operativo hasta que la CMT así lo verifique mediante una Resolución, lo que, en cualquier caso, no podrá producirse antes del 1 de diciembre de 2012.



comerciales en cuestión (pág.12). Asimismo, aclara una cuestión importante: la metodología se centra en la identificación de un único tipo de práctica anticompetitiva: el estrechamiento de márgenes. Por tanto, no sirve para detectar el abanico de prácticas anticompetitivas posibles. De ahí que la propia Resolución de 2007 establezca que la identificación de prácticas anticompetitivas prohibidas diferentes al estrechamiento de márgenes (como las que se mencionan en las Resoluciones del Mercado 1 y 4-5) exigirá un análisis “caso a caso.”¹¹

A su vez, la metodología de análisis *ex ante* establecida por la Resolución de 26 de julio de 2007 se concibe como un instrumento dinámico, en parte, por la necesidad de adaptarse a la evolución de la política comercial de Telefónica. La CMT ha actualizado periódicamente la metodología, en particular a través de las Resoluciones de 22 de mayo de 2008 (expediente AEM 2008/215), Resolución de 18 de septiembre de 2008 (AEM 2008/1442), Resolución de 1 de octubre de 2009 (AEM 2009/1106), Resolución de 22 de abril de 2010 (AEM 2010/656), Resolución de 30 de septiembre de 2010, (AEM 2010/1673, Resolución de 3 de noviembre de 2011 (AEM 2011/896) y Resolución de 26 de abril de 2012 (AEM 2012/469).

Por su parte, la Resolución de 15 de julio de 2010, a la que se alude extensamente en el segundo escrito de Vodafone, además de poner nombre al procedimiento, como se ha mencionado anteriormente, hace referencia a algunos de sus rasgos esenciales.¹²

Además de lo estipulado por la CMT en sus Resoluciones, el citado procedimiento deberá adecuarse a lo previsto en la LRJPAC (30/92), texto legal que regula el ejercicio de las

¹¹ En la página 14 de la citada Resolución se dice lo siguiente: “*la metodología está orientada a la detección de situaciones de estrechamiento de márgenes entre los servicios mayoristas regulados y los servicios minoristas propuestos por TESAU dado que estas situaciones son las más frecuentes y han sido fuente de conflicto con otros operadores. Por este motivo, esta Comisión analizará el cumplimiento del resto de obligaciones que TESAU tiene impuestas, como es la discriminación abusiva, caso a caso analizando tanto los precios como las cláusulas contractuales de prestación del servicio.*” Esto mismo se reitera en la Resolución de 15 de julio de 2010, cuando se afirma que “*la metodología está especialmente orientada a detectar ex ante, y evitar las situaciones de estrechamiento de márgenes entre los servicios mayoristas regulados y los servicios minoristas propuestos por Telefónica, dado que estas situaciones son las más frecuentes y fuente de conflicto habitual con los operadores alternativos, sin perjuicio de que esta Comisión controle también el cumplimiento de las demás obligaciones impuestas*” (pág 16).

¹² En las páginas 18-19 la Resolución señala lo siguiente: “*La imposición de obligaciones de comunicación preventiva de las ofertas comerciales da lugar a un proceso de análisis plenamente transparente para el administrado (Telefónica), a resultas del cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procede a valorar de una manera objetiva la replicabilidad técnica económica de las ofertas del operador declarado con poder significativo de mercado, decidiendo sobre la viabilidad de su comercialización en función de los posibles daños que las citadas ofertas pueden ocasionar al mercado y procediendo, en caso de que se estime pertinente, a los necesarios ajustes sobre la oferta mayorista de Telefónica que permitan la emulabilidad de sus ofertas por parte de terceros operadores. Dado que las ofertas de Telefónica se deben comunicar con carácter preventivo a su efectiva comercialización, la posible decisión de la CMT de paralizar una determinada campaña de Telefónica no genera responsabilidades para el operador con poder significativo de mercado más allá de dicha paralización (en su caso, hasta que se produzca la necesaria revisión de la oferta mayorista del operador con poder significativo de mercado a fin de garantizar la replicabilidad de los servicios minoristas comunicados). Es decir, en los supuestos en los que Telefónica cumple con sus obligaciones de comunicación previa a la efectiva comercialización de sus ofertas, la actuación preventiva de la CMT suspendiendo posibles ofertas anticompetitivas ya asegura el respeto del marco regulatorio vigente, al evitarse de esta manera que Telefónica pueda llevar a cabo prácticas que tendrían efectos perjudiciales sobre el mercado. Telefónica tiene obviamente perfecto conocimiento de este proceso de análisis preventivo, y de las razones que justifican la imposición de este tipo de obligaciones de comunicación previa por parte del operador con poder significativo de mercado.*” (Subrayado añadido)



funciones públicas que la CMT tiene encomendadas, en virtud de lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones (Art. 48.1) y en el Reglamento de la CMT. En concreto, la LRJPAC establece que los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia de interesado, se producirán por el órgano competente, ajustándose al procedimiento establecido.

A partir de las anteriores consideraciones, se pueden extraer algunas conclusiones en relación al procedimiento específico de *“análisis preventivo de las ofertas comerciales de Telefónica, con carácter previo a su comercialización”*:

- El procedimiento debe aplicarse a todas las ofertas comerciales de Telefónica sometidas a la regulación establecida en los mercados 1 y 4-5.
- El procedimiento conlleva un análisis de dichas ofertas que debe llevarse a cabo de acuerdo con las disposiciones de la Resolución de 26 de julio de 2007 y sus posteriores actualizaciones. La identificación de prácticas anticompetitivas prohibidas diferentes al estrechamiento de márgenes, tal y como se estableció en la Resolución de 26 de julio de 2007, exigirá un análisis “caso a caso”.
- El órgano de la CMT encargado de examinar y valorar los análisis realizados en el marco del procedimiento y de decidir, en consecuencia, si la oferta entraña o no, una práctica anticompetitiva es el Consejo.

3. Conclusiones

Ante cualquier oferta comunicada por Telefónica, la CMT, al aplicar el procedimiento establecido para el análisis preventivo de sus posibles efectos anticompetitivos, se enfrenta a dos alternativas que son exhaustivas (en relación a todas las posibles) y mutuamente excluyentes: permitir su lanzamiento o no hacerlo. En ambos casos, la conclusión del procedimiento entraña una decisión de la CMT (por tanto, un acto administrativo) y, en concreto, del órgano competente para hacerlo (el Consejo)..

Del propio escrito de la CMT a Vodafone con fecha de 22 de octubre de 2012, y de la Resolución objeto de este Voto particular, se desprende que el procedimiento *de análisis preventivo de las ofertas comerciales de Telefónica, con carácter previo a su comercialización* sí se aplicó a las ofertas Fusión Movistar (más allá de lo manifestado en la citada Nota de Prensa): hubo un informe elaborado por los servicios de la Comisión; lo que supone que las ofertas fueron, lógicamente, comunicadas previamente a la CMT; y el Consejo “tomó conocimiento” de dicho informe.

También se desprende de la Resolución y del escrito enviado a Vodafone el 22 de octubre de 2012, el incumplimiento de algunas de las exigencias que la LRJPAC impone a los actos y procedimientos administrativos (a no ser que fuera cierta la inexistencia de cualquier acto administrativo y del correspondiente procedimiento, como se sostiene en la Resolución):

- Todo procedimiento administrativo debe contar con un acto de inicio, ya sea, a solicitud del interesado o de oficio. Aunque en la Resolución se manifiesta que no ha existido acto de inicio en ninguna de sus posibles modalidades.¹³

¹³ Sobre este asunto, la Resolución señala lo siguiente: “*En ausencia de hitos iniciadores de un procedimiento (es decir, no habiéndose solicitado, ni promovido de oficio la apertura de un procedimiento de autorización de las*



- Las decisiones de un órgano colegiado, como es el Consejo de la CMT, requieren la adopción de acuerdos adoptados por mayoría mediante votación (art 26). Esta exigencia se contempla también en el reglamento del Régimen Interior de la CMT (art.22). La LRJPAC también dispone que los acuerdos de los órganos colegiados se reflejen en las actas de las sesiones en las que se adopten (art 27). (En relación a estas disposiciones, la Resolución afirma que “Consultado el orden del día de la Sesión del Consejo de esta Comisión celebrada el día 20 de septiembre de 2012, se comprueba que no fue adoptado ningún acuerdo que expresa o tácitamente consistiera en la autorización para la comercialización de las ofertas de Telefónica a las que se refiere la recurrente.” Ahora bien, el orden del día de esa sesión (y en el de la anterior) incluyó, entre sus puntos del Orden del día, un informe sobre las citadas ofertas.

La Ley de Economía Sostenible de 2011 impuso una nueva exigencia legal a los organismos reguladores sujetos a esta ley (entre los que se incluye la CMT) para reforzar la transparencia de sus actuaciones: publicar la relación de todos los acuerdos adoptados y los informes en los que se basan las decisiones del Consejo. La CMT no ha publicado el informe del que su Consejo “tomó conocimiento”. No obstante, la LES no exige un plazo determinado para su publicación. En mi opinión, debería publicarse dicho informe, lo cual podría eliminar el motivo de anulabilidad del acto que señala Vodafone en su primer escrito.

Finalmente, como se ha apuntado al inicio de este Voto, las ofertas Movistar Fusión ya se han lanzado al mercado. Por tanto, si el Consejo de la CMT no hubiera realizado un acto por el cual, tras valorar los análisis realizados, aprobó (o dio “luz verde”) a la comercialización de las ofertas “Fusión Movistar!, Telefónica no podría demostrar el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por la CMT en las resoluciones de los mercados 1 y 4-5

ofertas minoristas) no puede considerarse válidamente que se haya producido, por el mero transcurso del tiempo, un efecto del silencio consistente en la constitución de un acto de autorización.

La concurrencia de un acto previo de inicio del procedimiento resulta necesaria a tenor de lo establecido tanto en el artículo 43 de la LRJPAC, referido a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, como en el artículo 44 de la misma Ley, referido a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado. Este acto de inicio (acuerdo de inicio o solicitud de interesado) son el detonante para que pueda producirse, por transcurso del plazo máximo sin resolver, un acto presunto”.
