



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 17/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de mayo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 3 de marzo de 2011, sobre la denuncia interpuesta por Jazz Telecom, S.A.U. contra la recurrente por el lanzamiento de su oferta “Vodafone ADSL 6 Mb + tarifa plana + router Wifi + Módem USB” (AJ 2011/976).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Con fecha 17 de junio de 2010, Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante, JAZZTEL) presentó en el Registro de esta Comisión un escrito por el que denunciaba el lanzamiento por parte de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) de la oferta denominada “Vodafone ADSL 6 Mb/s + Tarifa Plana + Router WiFi + Modem USB”, argumentando que tiene carácter anticompetitivo, al constituir una práctica de estrechamiento de márgenes contraria a las obligaciones impuestas en la Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución del Mercado 15, en adelante).

Por su parte, mediante escrito de fecha 6 de agosto de 2010, Vodafone adujo que la denuncia presentada por JAZZTEL carecía de una base legal al amparo de la normativa vigente, toda vez que:

- (i) La Comisión carecería de competencia para analizar los precios minoristas y declarar la existencia de hipotéticos comportamientos abusivos.
- (ii) No existe un incumplimiento de las obligaciones impuestas en la Resolución del Mercado 15 como operador con poder significativo de mercado.



(iii) Las ofertas comerciales objeto del procedimiento están en línea con las prácticas comerciales llevadas a cabo por otros operadores, incluida la propia Jazztel.

(iv) Vodafone no es operador dominante en ningún mercado minorista, por lo que no podría considerarse como anticompetitivo liderar reducciones de precios.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, con fecha 3 de marzo de 2011, el Consejo de esta Comisión dictó la Resolución mediante la que declaró concluso el procedimiento incoado en relación con las prácticas denunciadas por Jazztel contra Vodafone y procedió al archivo del expediente, toda vez que el día 21 de octubre de 2010 las ofertas habían sido retiradas del mercado, lo cual implicaba que los problemas de emulabilidad detectados en el análisis contenido en la propia resolución habrían desaparecido.

SEGUNDO.- Recursos de reposición de Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 8 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Vodafone por el que interponía un recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución de fecha 3 de marzo de 2011.

Vodafone solicita su nulidad argumentando que esta Comisión carece de competencia para conocer del expediente de referencia o, en su defecto, se modifique la resolución y se declare de manera expresa que no existe incumplimiento alguno de las obligaciones que le fueron impuestas en su condición de operador con poder significativo de mercado (PSM) conjunto en el mercado 15.

Agrega que, si bien apoya la decisión de proceder al archivo del expediente de referencia, existen en la Resolución una serie de apreciaciones que considera contrarias a Derecho, como las siguientes:

- (i) La denuncia de Jazztel es contraria a la buena fe y constituye un abuso de derecho, ya que el análisis de la comprensión de márgenes sólo puede ser realizado cuando existe un precio mayorista concreto del operador con PSM que pueda compararse con sus precios/ofertas minoristas, y en este caso Jazztel solicitó una negociación comercial de acceso mayorista con posterioridad la denuncia.
- (ii) La Comisión carece de la necesaria habilitación competencial para pronunciarse sobre la política de precios minoristas y la delimitación de una pretendida conducta abusiva.
- (iii) Se impone nuevas obligaciones o, en su caso, se interpretan de forma extensiva las establecidas en la Resolución del Mercado 15, toda vez que, al contrario de la práctica llevada cabo por parte de las autoridades europeas y nacionales de competencia, el análisis que la Comisión realiza del pretendido estrechamiento de márgenes se hace por oferta y no de manera agregada, a pesar de que carece de un precio mayorista concreto con el que puedan compararse las citadas ofertas minoristas ya que Jazztel no es, en la actualidad, OMV de Vodafone.
- (iv) El cambio de criterio insuficientemente motivado existente entre el contenido del informe previo de los Servicios de esta Comisión y la Resolución final ahora recurrida en lo que se refiere al cálculo de los ingresos no recurrentes.



TERCERO.- Inicio del procedimiento y presentación de alegaciones.

En cumplimiento del trámite previsto en el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), se ha dado traslado del recurso a los demás interesados del procedimiento, concediéndoles un plazo de 10 días para alegar cuanto estimasen oportuno.

Jazztel realizó sus alegaciones mediante un escrito que tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 28 de abril de 2011 y en ellas solicitaba la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, por considerar que se ajusta a Derecho por los siguientes motivos:

- (i) Jazztel no ha cometido un abuso de Derecho al denunciar las prácticas comerciales de Vodafone.
- (ii) Esta Comisión está facultada para supervisar las obligaciones específicas que deben cumplir los operadores declarados con poder significativo de mercado (PSM).
- (iii) El análisis oferta por oferta, y no en términos globales, está justificado.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito de Vodafone.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos 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 dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, se ha calificado el escrito presentado por Vodafone España, S.A.U. como un recurso de reposición contra la Resolución de fecha 3 de marzo de 2011, sobre la denuncia interpuesta por Jazz Telecom, S.A.U. contra la recurrente por el lanzamiento de su oferta "Vodafone ADSL 6 Mb + tarifa plana + router Wifi + Módem USB".



SEGUNDO.- Legitimación del recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC requiere la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

El recurrente tiene la consideración de interesado porque ya lo era en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida, al ser el operador contra el que se presentó la denuncia.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que se ha acordado su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recursos corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado (artículo 116.1 de la LRJAP y PAC).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, 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. Tal como prevé el artículo 43.2 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.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las alegaciones expuestas por la recurrente.

En primer lugar, debe señalarse que el recurso de Vodafone tiene por objeto la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida. Es decir, para la recurrente, la reposición de la resolución impugnada pasa por su eliminación de la vida jurídica y su sustitución por otra que ponga fin al mismo procedimiento administrativo por los motivos que expone en su recurso (esencialmente, la falta de habilitación competencial de esta Comisión para modificar la práctica comercial de Vodafone en el mercado minorista y para declarar su carácter abusivo).

Sólo subsidiariamente se solicita su modificación, de forma que se limite a declarar el cumplimiento por parte de Vodafone de las obligaciones que le fueron impuestas como operador con PSM conjunto en el mercado 15.

A este respecto, es obligado indicar que idénticas alegaciones que las contenidas en su recurso fueron presentadas por Vodafone a lo largo de la instrucción del procedimiento y contestadas individualmente en la resolución recurrida (página 10 de 35), que rechaza profusamente la acusación de que esta Comisión esté amparando un supuesto abuso de derecho por parte de



Jazztel y se refiere, para ello, y entre otras razones, a su facultad de intervenir de oficio para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentra velar el cumplimiento de sus propios actos.

También se hace referencia expresa a la habilitación de esta Comisión para resolver sobre los extremos analizados en la resolución recurrida, concluyéndose que ésta no tenía por objeto declarar si la práctica comercial denunciada por Vodafone constituye uno de los tipos infractores descritos en la Ley de Defensa de la Competencia, sino *“dilucidar la posible existencia de un comportamiento por parte de Vodafone contrario a las obligaciones que tiene impuestas en virtud del mercado 15, consistentes en la realización de ofertas comerciales que constituyan comprensión de márgenes”*, conducta ésta expresamente proscrita por la Resolución del Mercado 15.

En cuanto a la imposición de nuevas obligaciones regulatorias (o la interpretación extensiva de las ya impuestas), también se analiza de forma individual ese extremo (página 7 de 35) y se rechaza porque la obligación de ofrecer precios razonables supone evitar la comprensión de márgenes, además de ser una interpretación conforme con la doctrina de la Comisión Europea expresada en la Nota Explicativa a la Recomendación de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regularización ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE.

Por lo tanto, a juicio de esta Comisión el recurso de Vodafone no contiene alegaciones novedosas respecto de las manifestadas durante la tramitación del procedimiento o que pongan de manifiesto que la resolución recurrida contiene vicios o infracciones del ordenamiento jurídico que la invaliden o que desvirtúen su fundamentación fáctica o jurídica, de manera que proceda la declaración de nulidad de pleno derecho que en él se solicita, o subsidiariamente su anulabilidad. Tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en jurisprudencia ya consolidada¹, la finalidad del recurso de reposición es que la administración autora del acto pueda reconsiderar su criterio decisorio para modificarlo o para mantenerse con base en fundamentos idénticos o con apoyo en razones distintas en todo o en parte. Por su parte, el artículo 107 de la LRJAP y PAC exige que los recursos ordinarios en vía administrativa de alzada y potestativo de reposición deben estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley. La reiteración de los argumentos impugnatorios, ya contestados de forma expresa, y siempre que no existan motivos de oportunidad que aconsejen a la administración el cambio de su criterio dentro del margen de apreciación, en su caso, determina la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Acerca de la falta de interés en el recurso por parte de Vodafone.

Sin perjuicio de lo anterior, el recurso debe desestimarse porque nuestro ordenamiento jurídico no contempla como objeto de recurso la motivación del acto administrativo impugnado, de manera que se pretenda el mantenimiento de la parte dispositiva pero se modifiquen sus argumentos. Asimismo, la ejecutividad de los actos administrativos a la que se refieren los artículos 56 y 94 de la LRJAP y PAC se predica solamente de su parte dispositiva, no de los razonamientos empleados por la Administración para formar su criterio resolutorio.

¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 23 de febrero de 1983 (RJ 1983/938); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 17 de octubre de 1991 (RJ 1991/8190).



En el caso que nos ocupa, Vodafone solicita que esta Comisión declare nula de pleno derecho la resolución recurrida por carecer de suficiente habilitación competencial y, en consecuencia, acuerde el archivo del procedimiento. Subsidiariamente, se pide el mantenimiento de idéntico pronunciamiento (el archivo del procedimiento) aunque tras la declaración de que la recurrente cumple con sus obligaciones como operador con PSM en el Mercado 15. Este pronunciamiento tendría un resultado idéntico que el reconocido en la parte dispositiva de la resolución recurrida.

En este sentido, el interés de Vodafone en la revocación del acto combatido es meramente virtual y dialéctico, puesto que el archivo del procedimiento que solicita ya ha sido acordado en su parte dispositiva, si bien por motivos diferentes a los defendidos por la recurrente.

El Tribunal Supremo ha confirmado la doctrina que se acaba de exponer al señalar² que procede ya no sólo la desestimación, sino incluso la inadmisión, de los recursos de que se dirijan contra la motivación del acto administrativo y no contra su voluntad decisoria. En casos como el que nos ocupa, no existe un verdadero interés en la recurrente, ya que la estimación del recurso no le supondrá una satisfacción diferente de la alcanzada en la propia resolución impugnada. En efecto, la modificación del acto, en el sentido solicitado, no supondrá modificación alguna de la posición jurídica de Vodafone respecto a otros operadores o en su condición de operador con poder significativo en el Mercado 15, ni la obligación de modificar sus ofertas o variar su estrategia comercial. En definitiva, la recurrente busca un pronunciamiento exculpatario cuyos efectos serían los mismos que el archivo acordado en la resolución recurrida

Lo anterior no supone ninguna infracción del ordenamiento jurídico, en especial del deber de congruencia de los actos administrativos, ni causa indefensión a Vodafone, que podrá oponer los motivos expuestos en el recurso que nos ocupa, en su caso, contra la resolución que aplique la metodología a la que se opone en su recurso, y que permita concluir la procedencia de la modificación de sus precios mayoristas por ser contrarios a sus obligaciones de control de precios. Precisamente, la resolución que así lo acuerde deberá ser congruente y lo suficientemente motivada, sin que ello afecte a la que ahora nos ocupa.

A ello se debe sumar que, aun en el hipotético caso de que los argumentos empleados, por sí mismos considerados y con independencia de la parte dispositiva del acto, constituyeran un precedente administrativo³, esta Comisión podría separarse de ellos cumpliendo la reforzada exigencia de motivación a la que se refiere el artículo 54.1.c) de la LRJAP y PAC. Por lo tanto, también desde esta óptica, debe reafirmarse la desestimación del recurso.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 octubre 1985 (RJ 1985\5645).

³ Se entiende por precedente administrativo “la decisión anterior de una Administración que resolvió un caso análogo y que podrá influir de alguna manera sobre una toma de decisión posterior similar” (Silvia Díaz Sastre, *La fuerza vinculante del precedente administrativo*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 143).



RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 3 de marzo de 2011, sobre la denuncia interpuesta por Jazz Telecom, S.A.U. contra la recurrente por el lanzamiento de su oferta “Vodafone ADSL 6 Mb + tarifa plana + router Wifi + Módem USB”.

Este 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 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), 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, que pone fin a la vía administrativa, 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, 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud 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 Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).