



## 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 03/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de enero de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVEN LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR LAS ENTIDADES ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) Y ORBITEL COMUNICACIONES LATINOAMERICANAS, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 25 DE ENERO DE 2006 RELATIVA A LAS DENUNCIAS PLANTEADAS POR ASTEL Y MCI EN RELACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DEL PLAN DE PRECIOS DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. DENOMINADO TARIFA MINI INTERNACIONAL (Plan de precios 11) (AEyM 2005/1600)**

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas, S.A.U. contra la Resolución de fecha 25 de enero de 2006, relativa a las denuncias planteadas por ASTEL y MCI en relación a la comercialización del plan de precios de Telefónica de España, S.A.U. denominado tarifa mini internacional (Plan de Precios 11) (AEyM 2005/1600), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 03/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 25 de enero de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/322.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de septiembre de 2005, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que se puso fin al trámite de información previa para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico internacional mediante la oferta "Plan de Precios 11" por parte de Telefónica de España, S.A.U. (AEyM 2005/1062. En la citada Resolución se resolvió aprobar las



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones de prestación del servicio telefónico internacional de acuerdo a la propuesta del “Plan de Precios 11”.

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de enero de 2006, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución relativa a las denuncias planteadas por ASTEL y MCI en relación a la comercialización del plan de precios de Telefónica de España, S.A.U. denominado tarifa mini internacional (Plan de Precios 11). En dicha Resolución se estableció lo siguiente:

*“Primero.- Proceder al cierre del expediente de referencia por cuanto que el Plan de Precios 11 que Telefónica de España, S.A.U. pretende comercializar resulta emulable para un patrón tipo de consumo.*

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

**TERCERO.-** Con fecha 8 de marzo de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de la entidad Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, ASTEL) por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior. En el citado escrito realiza básicamente las siguientes alegaciones:

1. Que la Resolución recurrida es nula de pleno Derecho al haberse omitido el trámite de audiencia en el procedimiento de referencia.

Manifiesta que el supuesto previsto en el artículo 84.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que establece que *“Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”* no se da en el procedimiento que ha finalizado con la Resolución recurrida para haber omitido el citado trámite, con lo que se ha producido el supuesto establecido en el artículo 62.1.e) de la citada Ley, esto es, el acto se ha dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, lo que da lugar a la nulidad de la Resolución recurrida.

2. Que la Resolución recurrida incurre en el supuesto establecido en el artículo 63.2 de la LRJPAC al haberle producido, como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia, una indefensión real y efectiva.

Alega que la Resolución recurrida le ha supuesto una auténtica indefensión material puesto que como consecuencia de la falta de audiencia, ha sido privado de la facultad de *“introducir en el expediente los elementos fácticos y jurídicos de la oposición que la Administración debería tener en cuenta antes*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de producir el acto definitivo*". Como muestra de la citada indefensión alega los siguientes casos:

- Esta Comisión ha realizado una interpretación errónea de sus alegaciones en relación con la necesidad de definir mercados por rutas.

Manifiesta que, mientras que alega la definición de mercados mayoristas por rutas, esta Comisión responde como si se pidiera la definición de mercados minoristas por rutas. Señala que hubiera tenido la oportunidad de explicar mejor sus alegaciones en el trámite de audiencia, pero sin embargo la inexistencia de dicho trámite *"ha vetado toda posibilidad en este sentido"*, impidiéndole realizar una defensa adecuada de sus argumentos jurídicos.

- Que la afirmación realizada por esta Comisión relativa a que el Plan de Precios 11 resulta emulable desde el punto de vista de la competencia porque los márgenes a todos los destinos son positivos y superiores al 10%, carece de base y desconoce los datos que han dado lugar a la misma.

Señala que el argumento expuesto respecto al margen no ha podido ser rebatido al habersele privado de toda posibilidad al respecto, habiéndosele impedido asimismo rebatir igualmente ese argumento con datos fácticos al efecto.

De acuerdo con lo dispuesto manifiesta que la ausencia del trámite de audiencia va más allá de un vicio meramente formal y por ello supone un vicio de fondo invalidante de la Resolución recurrida.

3. La Resolución recurrida adolece de la adecuada motivación causándole con ello indefensión.

La recurrente manifiesta que la citada motivación se ha omitido en los siguientes aspectos:

- En relación a los mercados de productos involucrados:

Manifiesta que esta Comisión ha desestimado de forma injustificada y apoyándose en razones equivocadas su alegación relativa a que TESAU estaba trasladando su posición de dominio en varios de los mercados de servicios mayoristas de terminación internacional al mercado minorista de llamadas internacionales. Esto es, que *"la CMT niega la existencia de mercados minoristas por rutas cuando ASTEL estaba alegando la existencia de mercados mayoristas de servicios de terminación internacional por rutas. Es decir, se confunde el argumento alegado por esta parte"*.

- En relación con el grave desconocimiento de los motivos y datos que fundamentan la Resolución.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a lo manifestado por esta Comisión en relación con que el Plan de Precios 11 resulta emulable desde el punto de vista de la competencia, por cuanto que los márgenes a todos los destinos son positivos y superiores al 10% de todos los casos, consideran que el dato que permite hacer esa información ha debido ser aportado por TESAU, y que si es así, cuestiona cómo es posible que TESAU conozca los costes exactos en los que incurre un operador competidor en las comunicaciones internacionales, esto es, por qué esta Comisión no ha solicitado los datos de costes de los operadores que efectivamente incurren en ellos y da por buena la información suministrada por TESAU que en teoría, debería desconocerlos.

Señala que para llegar a la conclusión que el Plan de Precios 11 es emulable por los operadores competidores de TESAU, es indispensable conocer los costes que éstos tienen y que, como ese dato no ha sido solicitado y por tanto no ha sido considerado por esta Comisión, la conclusión sobre la emulabilidad del Plan carece de todo fundamento y toda motivación.

**CUARTO.-** Con fecha 9 de marzo de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de la entidad Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas, S.A.U. (en adelante, Orbitel) por el que solicita que se revoque la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho segundo de la presente Resolución por violación de las normas legales españolas, comunitarias y supranacionales que fueron expuestas ampliamente en el recurso de reposición presentado por Orbitel contra la Resolución a la que dio lugar el expediente AEyM 2005/1062, debido a que las tarifas hacia la ruta a Colombia tienen un margen negativo y no pueden ser emulables por ningún operador en dicha ruta, con lo que el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público para la ruta a Colombia se ve sumamente perjudicada con la tarifa fijada por TESAU en el Plan citado.

Señala que con base en la Resolución recurrida así como en la tarifa mini internacional Plan de Precios 11 que aparece publicada en la página web de TESAU, puede evidenciarse que las tarifas fijadas en la ruta a Colombia para terminación fija continúan siendo de 0'05 euros por minuto y de terminación móvil de 0'10 euros por minuto, con lo que las tarifas fijadas a las rutas a Colombia, al ser prácticamente iguales a las contenidas en la oferta inicial de Plan de Precios 11 de TESAU, tienen un margen negativo representativo (-59'4% y -38'2%, respectivamente), y por ende no pueden ser emulables por ningún operador o agente en dicha ruta.

Señala que el margen negativo que representa la ruta a Colombia en el global de la oferta, no puede justificarse con la valoración de un margen global que considere todas las rutas ya que esto significaría que TESAU tiene que ofrecer un alto volumen de tráfico a las otras rutas para compensar el alto margen negativo que asume con el destino a Colombia. Esta tarifa, dados los costos de terminación en Colombia no es razonable y sugiere que TESAU está incurriendo en tarifas (predatorias) o en subsidios cruzados. Señala que si es



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cierto que salvo la ruta a Colombia, las demás son emulables, se hace evidente que TESAU pretende con la tarifa destino a Colombia excluir a los demás competidores específicamente en esa ruta.

**QUINTO.-** Con fecha 5 de abril de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) a los recursos de reposición interpuestos por ASTEL y Orbitel. En el citado escrito manifiesta su absoluta conformidad con lo dispuesto en la Resolución recurrida.

**SEXTO.-** Con fecha 18 de mayo de 2006, el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que resolvieron los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Orbitel y Teleconnet Comunicaciones, S.A.U. contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente Resolución, en la que se resolvió lo siguiente:

*“Desestimar los recursos de reposición interpuestos por ORBITEL COMUNICACIONES LATINOAMERICANAS, S.A.U. y TELECONNET COMUNICACIONES, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 22 de septiembre de 2005, por la que se pone fin al trámite de información previa para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico internacional mediante la oferta “Plan de Precios 11” por parte de Telefónica de España, S.A.U.”*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

#### Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

ASTEL califica expresamente su escrito con fecha de entrada en esta Comisión de 8 de marzo de 2006, como recurso de reposición. Orbitel, por el contrario no califica expresamente como tal, el escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 9 de marzo de 2006. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la LRJPAC, que establece que el error en la calificación de un recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter y que, las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar los escritos presentados como



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos potestativos de reposición interpuestos contra la Resolución de esta Comisión de fecha de 25 de enero de 2006.

### **Segundo.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver los presentes recursos 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. Los presentes recursos deberán ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del primero de ellos, esto es, el 8 de marzo de 2006, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Sin embargo, el artículo 43 de la LRJPAC establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado que hubiera deducido la solicitud a entenderla, en este caso, desestimada, ya que el apartado 2 de ese mismo artículo establece que en los procedimientos de impugnación de actos, el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Todo ello sin perjuicio, de acuerdo con el artículo 43 de la LRJPAC, de la obligación de dictar resolución expresa que tiene esta Comisión sin vinculación alguna, en la presente Resolución, al sentido del silencio.

### **Tercero.- Admisión a trámite.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que podrá interponerse recurso de reposición por los interesados contra las Resoluciones, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

### **Cuarto.- Legitimación de las entidades recurrentes.**

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. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto, una de ellas, esto es, ASTEL, ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación y ORBITEL, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 a) de la LRJPAC, al ser un operador dedicado a la comercialización de tarjetas prepago para la realización de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llamadas internacionales a Europa y Latinoamérica, sus intereses legítimos podrían quedar afectados por la actividad que ejerza TESAU en ese mismo ámbito de llamadas, y por tanto, los citados intereses han podido quedar afectados por lo establecido por esta Comisión en la Resolución recurrida. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las recurrentes para la interposición de los presentes recursos potestativos de reposición.

### II. - Fundamentos jurídicos materiales.

#### **Primero.- Sobre la nulidad de la Resolución recurrida al haberse omitido el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJPAC.**

ASTEL manifiesta que la Resolución de fecha 25 de enero de 2006 es nula al haberse omitido, en el procedimiento que dio lugar a la misma, el trámite de audiencia sin haberse producido el supuesto establecido en el artículo 84.4 de la LRJPAC.

En relación con lo expuesto procede traer a colación lo establecido en el citado artículo:

*“Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.*

Respecto a la alegación de la recurrente procede poner de manifiesto en primer lugar, lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo no sancionador<sup>1</sup>:

*“En efecto, la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.*

*Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. ..Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000 –recurso de casación 5697/1995 (RJ 2000/7915), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62 LRJ-PAC.*

<sup>1</sup> Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 2003.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello”*

Sin perjuicio de lo anterior y teniendo en cuenta lo establecido en el precitado artículo, es preciso señalar que si bien en el procedimiento que dio lugar a la Resolución recurrida se tuvieron en cuenta otros documentos distintos a los aportados por los propios denunciados, esto es, los escritos del denunciado, dado el contenido precisamente confidencial de éstos, no resultaban susceptibles de acceso por los denunciados ASTEL y MCI.

En consecuencia, debe aplicarse analógicamente en el presente supuesto lo establecido en el apartado cuarto del artículo 84 citado anteriormente ya que, si bien en el procedimiento si figuraban otros documentos distintos a los aportados por los denunciados, éstos no eran susceptibles de serles revelados, lo que determinaba la conveniencia de omitir el citado trámite de audiencia.

En segundo lugar, es preciso poner de manifiesto que, en todo caso, la alegada omisión del trámite de audiencia ha quedado subsanada con el recurso interpuesto por la recurrente, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del citado Tribunal<sup>2</sup>, no puede estimarse que esta Comisión haya infringido el precepto invocado al deber entenderse subsanado el defecto de falta de audiencia al haber tenido suficiente oportunidad de defensa en vía administrativa, interponiendo el recurso de reposición que ha dado lugar a la presente Resolución, así como el recurso contencioso-administrativo que podrá interponer contra la misma en el caso que estime que no es ajustada a Derecho. Por lo que, al no tratarse de un procedimiento sancionador, la falta de audiencia previa debe considerarse subsanada por la posterior interposición de los correspondientes recursos en vía administrativa y jurisdiccional, determinando el principio de economía procesal la improcedencia de la retroacción de actuaciones.

En este sentido nos remitimos a lo indicado por el mismo Tribunal en su Sentencia de fecha 9 de febrero de 1996<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 4100].

<sup>3</sup> Sala 3ª, Sección 4ª. RJ 1996/1105.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“en todo caso, el carácter esencial de la audiencia como medio para la efectividad del ejercicio del derecho de defensa, no puede contemplarse al margen de su propia instrumentalidad, de manera que la nulidad del acto o del procedimiento derivada de la consecuente indefensión sólo está justificada cuando ésta se produce realmente, es decir cuando se pierde la oportunidad de hacer valer los propios argumentos o de utilizar pertinentes medios de prueba para la defensa de derechos o de intereses legítimos, circunstancia que no puede apreciarse cuando, como en el presente caso ocurre, en la propia vía administrativa y en la jurisdiccional no ha existido limitación alguna para el ejercicio del derecho de defensa en los términos que reconoce el artículo 24 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), según ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional al distinguir entre indefensión material y formal. Y en este sentido ha tenido también ocasión de pronunciarse esta Sala, entre otras, en Sentencia de 24 mayo 1995 (RJ 1995\4178), en la que contemplando razones de economía procesal, excluye retroacciones dilatorias cuando, sin menoscabo de la garantía de los interesados ni limitaciones en las garantías de acierto, una eventual omisión del trámite de alegaciones en el procedimiento administrativo, que en el presente caso, como ha quedado señalado, ni siquiera puede entenderse que se haya producido, resulta subsanada en sede jurisdiccional”.*

En consecuencia, sin perjuicio de que en el siguiente fundamento de Derecho se proceda al análisis de la posible anulabilidad de la Resolución recurrida al haberse omitido el trámite de audiencia en el procedimiento que finalizó en la Resolución de 25 de enero de 2006, teniendo en cuenta la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, procede desestimar la alegación de la recurrente relativa a la nulidad de la misma.

### **Segundo.- Sobre la alegación relativa a la anulabilidad de la Resolución recurrida al incurrir en la misma el supuesto establecido en el artículo 63.2 de la LRJPAC.**

ASTEL manifiesta que la citada omisión del trámite de audiencia le ha causado una auténtica indefensión, real y efectiva en relación a las alegaciones que se expondrán a continuación y que asimismo, la falta de motivación de la contestación a las mismas por esta Comisión, supone que la Resolución impugnada se vea afectada del vicio de anulabilidad establecido en el artículo 63.2 de la LRJPAC.

#### **1. Sobre la necesidad definir mercados mayoristas por rutas.**

La recurrente manifiesta la necesidad de definir mercados mayoristas por rutas. Frente a la alegación de la recurrente procede señalar en primer lugar, que la Resolución impugnada valora los precios de un mercado minorista correspondientes a un servicio que se presta dentro del territorio español, el servicio telefónico disponible al público, aun cuando TESAU o cualquier operador alternativo tuviera que hacer uso de servicios mayoristas prestados dentro de un mercado mayorista de terminación internacional para finalizar las llamadas fuera del territorio nacional.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, es preciso poner de manifiesto que no se ha producido ninguna confusión en la contestación sobre la necesaria definición y análisis por rutas individualizadas para cada país del mercado mayorista de terminación internacional, puesto que, en cualquier caso, se trata de mercados extraterritoriales que esta Comisión no puede definir. La CMT puede valorar la incidencia de las prácticas de TESAU en el seno del mercado minorista de tráfico en España, en el que se incluyen las llamadas a destinos internacionales (los actuales mercados 4 y 6), y puede analizar si existe estrechamiento de márgenes en dichos servicios, a cuyo fin decidió enjuiciar la replicabilidad de los precios minoristas de TESAU con base en el conjunto de los precios de terminación internacional para el total de los destinos afectados, puesto que un operador no suele ofrecer los destinos por rutas individualizadas, resultando replicables los precios de dichos destinos.

Pero es que además, como se ve en la resolución, los precios de las llamadas a todos los destinos eran perfectamente replicables, por lo que incluso asumiendo el análisis de la replicabilidad por rutas, solicitada por el interesado, los precios de las llamadas a todos y cada uno de los destinos eran emulables.

### 2. Sobre la emulabilidad del Plan de Precios 11.

Frente a la alegación relativa a que para llegar a la conclusión de que el Plan de Precios 11 es emulable por los operadores competidores de TESAU es indispensable conocer los costes que éstos tienen y que, como ese dato no ha sido solicitado y por tanto no ha sido considerado por esta Comisión, la conclusión sobre la emulabilidad del Plan carece de todo fundamento, es preciso poner de manifiesto que el ejercicio de emulabilidad de la Tarifa Mini Internacional está basada en información confidencial estrictamente sensible que no puede ser objeto de publicación o consulta a las partes interesadas.

A tales efectos, ha de tenerse en cuenta lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) en relación con la competencia de esta Comisión para declarar la confidencialidad de las informaciones que los operadores le aporten:

*“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con la consideración de ANR que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en sus archivos, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíban que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos.

Los criterios que utiliza esta Comisión para decidir sobre la confidencialidad deben obtener un justo equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que las partes interesadas puedan hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada operador. Esto es, para no causar daños ni perjuicios irreparables a los operadores que aportan sus datos a esta Comisión, hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que puedan ser reputados como secretos comerciales y valorar los que, sin llegar a serlo, puede estimarse que constituyen una información sensible.

Es preciso destacar que la garantía de la confidencialidad de las informaciones, datos y documentos aportados con tal carácter a los expedientes tramitados por esta Comisión constituye el contrapeso indispensable a las normas que exigen a los operadores colaborar con ellos y suministrar las informaciones requeridas, además de una garantía imprescindible para evitar que terceras personas, a través del acceso al expediente, obtengan informaciones de carácter estrictamente reservado y confidencial.

Una vez puesta de manifiesto la importancia de la declaración de confidencialidad de ciertas informaciones, y el derecho de los operadores a obtener la misma, procede argumentar porqué no se le ha producido a la recurrente la invocada indefensión.

El artículo 54 de la LRJPAC establece que los actos administrativos se entenderán motivados con una sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho. La finalidad de la motivación de los actos administrativos es que permitan al destinatario su adecuada defensa. Pues bien, procede recordar la motivación de la declaración de confidencialidad que esta Comisión hizo de los cálculos que concluyeron en la emulabilidad del plan contenido en la Resolución recurrida decía:

*“Sexto. Confidencialidad.*

...



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“El resultado obtenido es el siguiente:*

- i. Los datos a los que se refiere esta declaración de confidencialidad son relativos a los precios medios de terminación por destino, así como las particularidades y condiciones específicas del Plan de Precios 11.*
- ii. También será confidencial el apartado cuarto de la presente Resolución.*

*Debe declararse la calificación de confidencial de los referidos datos, pues los mismos contienen información de especial carácter estratégico, constitutivo de secreto comercial. En efecto, el análisis ha revelado que el posible beneficio que podría aportar al resto de interesados conocer tal información, es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que, sobre la estrategia comercial de los operadores cuyos datos se proporcionan, se podrían producir con la revelación del contenido de los apartados citados. A tales efectos, debe tomarse en consideración que, por una parte, la no declaración de confidencialidad supondría suministrar información de una entidad a sus directos competidores en un mercado tan dinámico y, por otra parte, el contenido de los datos es extremadamente sensible por cuanto revela información relevante sobre la situación de cada uno de los operadores en el mercado y su evolución (número concreto mensual de tarjetas vendidas, número de ingresos obtenidos, etc..).”*

En virtud de lo expuesto, procede desestimar la alegación de la recurrente al no habersele causado indefensión alguna por haber tenido suficiente conocimiento de las razones y fundamentos de la confidencialidad acordada y haber podido argumentar en consecuencia justificando sus derechos e intereses tal y como ha hecho en el recurso interpuesto.

Por otro lado, en relación a la alegación relativa de por qué esta Comisión no ha solicitado los datos de costes de los operadores que efectivamente incurren en ellos y da por buena la información suministrada por TESAU es preciso poner de manifiesto que para efectuar los análisis de emulabilidad de los Planes de Precios de voz, se utilizan los costes del operador máximo eficiente que en este caso, son los costes de TESAU. Por tanto, una vez comprobado que el precio minorista está por encima de costes y que deja un margen positivo suficiente para que el servicio sea replicado por los operadores alternativos, no se puede sino concluir en la emulabilidad del Plan.

### **Tercero.- Sobre la emulabilidad del Plan de Precios 11 en la ruta a Colombia.**

Orbitel solicita que se revoque la Resolución recurrida por constituir el Plan de Precios 11 una violación de las normas legales españolas, comunitarias y supranacionales debido a que las tarifas hacia la ruta a Colombia tienen un margen negativo y no pueden ser emulables por ningún operador en dicha ruta, con lo que el mercado del servicio telefónico fijo disponible al público para la ruta a Colombia se ve sumamente perjudicado con la tarifa fijada por TESAU en el Plan citado.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a las alegaciones de la recurrente procede poner de manifiesto que esta Comisión ya se pronunció sobre las mismas en Resolución de fecha 18 de mayo de 2006<sup>4</sup>, procediendo en consecuencia, recordar lo que se decía en la misma.

Sobre lo manifestado por la recurrente en relación con que las tarifas hacia la ruta a Colombia tienen un margen negativo y no pueden ser emulables por ningún operador en dicha ruta, es preciso recordar que, esta Comisión ha tenido la oportunidad de estudiar con detenimiento el plan de precios de continua referencia ya que en los dos expedientes, esto es, el AEM 2005/1062 y el AEM 2005/1600, se han analizado las condiciones de competencia y requisitos de emulabilidad del plan, concluyéndose en ambos, que efectivamente era replicable.

Esto es, si bien la Resolución de fecha 22 de septiembre aprobó el Plan de Precios 11 a pesar de que en determinados países se estuviera incurriendo en un margen negativo, con las modificaciones tarifarias a aplicar por TESAU, cambiaron también los citados márgenes, desapareciendo cualquier posibilidad de estrechamiento de márgenes. A tales efectos procede recordar en concreto que:

*“Como se pone de manifiesto en ambas resoluciones, para el análisis de un posible pinzamiento de márgenes se debe tener en cuenta tanto los precios de terminación en el país destino como los precios de acceso que potencialmente TESAU cargaría por entregar a un operador alternativo el tráfico originado en un cliente físicamente conectado a la red de TESAU que hubiera seleccionado al operador alternativo para la terminación de la llamada. Los análisis realizados, además de considerar estos dos conceptos, suponen el máximo cargo por interconexión posible (interconexión en tránsito doble). En la primera Resolución de 22 de septiembre se determinaba que podrían existir algunos destinos sensibles ya que se concluía la existencia de márgenes negativos para determinados países. Sin embargo, esta posibilidad de estrechamiento de márgenes desaparece con las modificaciones que introduce TESAU en sus tarifas. La Resolución de 25 de enero afirma que en todos los destinos existen márgenes positivos, en concreto, en el punto IV.- Análisis de la información remitida por TELEFÓNICA se concluye que:*

*[CONFIDENCIAL].*

*En conclusión, a consecuencia de las modificaciones que ha introducido TESAU en las tarifas ya no existe en ningún destino margen negativo. Por*

---

<sup>4</sup> Resolución por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas, S.A.U. y Teleconnect Comunicaciones, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión de 22 de septiembre de 2005, por la que se pone fin al trámite de información previa para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico internacional mediante la oferta “Plan de Precios 11” por parte de Telefónica de España, S.A.U.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*tanto, el Plan de Precios 11 de TESAU no incurre en estrechamiento de márgenes”.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, procede desestimar nuevamente la alegación esgrimida por Orbitel al no tener las tarifas hacia la ruta a Colombia un margen negativo y poder ser, en consecuencia, emulables por el resto de operadores.

Asimismo, la recurrente manifiesta que el Plan de Precios impugnado supone una vulneración de las normas legales españolas, comunitarias y supranacionales, remitiéndose para fundamentar dicha alegación, a lo que expuso en el escrito por el que interpuso recurso de reposición contra la Resolución que puso fin al expediente AEM 2005/1062. Respecto a esta alegación procede igualmente remitirnos a lo expuesto por esta Comisión en la Resolución de fecha 18 de mayo de 2006, en la que ampliamente se respondió a su alegación. En concreto en el epígrafe *“Respecto a la supuesta vulneración de normas por resultar el Plan de Precios 11 anticompetitivo”* del fundamento de Derecho Tercero, epígrafe en el que se concluyó que en modo alguno TESAU estaba infringiendo la legislación invocada por la recurrente, por lo que, una vez más procede desestimar la alegación realizada.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Desestimar los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas, S.A.U. contra la Resolución de fecha 25 de enero de 2006 relativa a las denuncias planteadas por ASTEL y MCI en relación a la comercialización del Plan de Precios de Telefónica de España, S.A.U. denominado Tarifa Mini Internacional (Plan de Precios 11).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que desestima un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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