



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 07/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de febrero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD COMUNITEL GLOBAL, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 2005 POR LA QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN A LA POLÍTICA TARIFARIA SEGUIDA POR EL GRUPO TELEFÓNICA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE DETERMINADAS TARJETAS PREPAGO

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2005, por la que se pone fin al trámite de información previa en relación a la política tarifaria seguida por el grupo TELEFÓNICA en la comercialización de determinadas tarjetas prepago (AEM 2004/1844), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 07/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 22 de febrero de 2007, recaída en el expediente AJ 2005/726

HECHOS

PRIMERO.- Mediante acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2005, se adoptó resolución por la que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se pone fin al trámite de información previa en relación con la política tarifaria seguida por el grupo TELEFÓNICA en la comercialización de determinadas tarjetas prepago (AEM 2004/1844).

A través del Resuelve de la citada Resolución, esta Comisión decidió, entre otras cuestiones, lo siguiente:

PRIMERO.- *Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. debe cesar la distribución comercial y la activación técnica de la denominada Tarjeta Multidestino a partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución.*

En el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. debe retirar de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes finales.

SEGUNDO.- *A partir del día siguiente en que se le notifique la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. no puede aplicar ningún multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución especificada a favor de los Agentes en los contratos de distribución ni formalizar ningún contrato que incluya tal previsión.*

Telefónica de España, S.A.U. está obligada a modificar los contratos de distribución que tiene formalizados con sus Agentes Distribuidores, así como el contrato-tipo para las formalizaciones futuras, fijando una retribución a favor de los Agentes que cumpla el criterio de racionalidad económica establecido por esta Comisión, sin poder reajustar dicha retribución en función de ninguna otra variable que no esté estrictamente relacionada con dicho ahorro de costes.

Telefónica de España, S.A.U. deberá modificar los Contratos ya formalizados en el plazo de diez días desde la notificación de la presente Resolución. Asimismo, el nuevo contrato-tipo que incluya la modificación señalada deberá remitirse a esta Comisión en el plazo de tres días a contar desde la notificación de esta Resolución”.

Asimismo, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de dos infracciones administrativas de carácter muy grave tipificadas en el artículo 53.s) y v) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

SEGUNDO.- Con fecha 10 de mayo de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de COMUNITEL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

GLOBAL, S.A. (en adelante, COMUNITEL), en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha 31 de marzo de 2005.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada solicitando la *“anulabilidad del acto en base al artículo 63 de la Ley 30/92, y en su lugar se dicte otra que declare la infracción de la normativa citada por parte del grupo Telefónica así como se establezcan medidas suficientes que garanticen que los distribuidores/revendedores de dicho Grupo no siguen disfrutando de precios inferiores a los regulados y aprobados por los reguladores sectoriales competentes”*.

En concreto, COMUNITEL fundamenta su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Que la Resolución recurrida impone el cese de un producto, la tarjeta Multidestino, que no tiene un impacto relevante en el mercado por el escaso tráfico que acapara. Manifiesta que esta Comisión *“presta demasiada importancia, en relación con los efectos que produce en el mercado, a la tarjeta multidestino de TTP y nada resuelve en relación con los revendedores”*.
- Que la Resolución recurrida no toma en consideración las prácticas realizadas por TELEFÓNICA en las relaciones con sus distribuidores/revendedores, centrandó la Resolución en las relaciones contractuales y la práctica realizada con los distribuidores comerciales o agentes.

Considera la recurrente que *“la ausencia de toda referencia a los revendedores en el Resuelve de la Resolución recurrida, vacía de toda efectividad la Resolución”*.

- Que la Resolución recurrida no recoge en el resuelve declaración alguna sobre infracción que, sin embargo, se prueba y se refleja a lo largo de la Resolución.

Solicita además la entidad recurrente, que esta Comisión resuelva de manera similar a lo ya solicitado por COMUNITEL en su escrito de 22 de marzo, es decir:

- *“se obligue a TELEFÓNICA a cesar en la venta mayorista de tráfico para su comercialización por revendedores a los precios en los que lo ha hecho desde principios del mes de agosto de 2004 hasta la fecha, o en su defecto.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Se obligue a TELEFÓNICA a ofrecer lo mismos precios al resto de los operadores que así lo soliciten en aplicación del principio de no discriminación*
- *se imponga la obligación a TELEFÓNICA de comunicar mensualmente a la CMT la identidad de los revendedores a los que vende tráfico y en las condiciones en las que lo hace con el fin de que pueda comprobarse que el precio aplicado es el regulado”.*

TERCERO.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 17 de mayo de 2005, se le notificó a los interesados la apertura del procediendo adjuntándoles una copia del escrito del recurso interpuesto, para que en el plazo de 10 días alegasen cuanto estimasen.

Con fecha 12 de enero de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de alegaciones presentado por TESAU, en el que la referida entidad manifiesta lo siguiente:

- Que discrepa de las alegaciones de COMUNITEL sobre la no solución del problema del mercado, ya que, a juicio de TESAU, no existe tal problema porque Telefónica no tiene capacidad de incidir en su estructura.

Según TESAU, el mercado que podría verse afectado por las conductas atribuidas a su representada:

- Es un mercado altamente competitivo en el que la presencia del Grupo Telefónica a través de TELEFONICA TELECOMUNICACIONES PÚBLICAS, S.A. (en adelante, TTP) era testimonial; y además
- El segmento del mismo particularmente afectado, cuando los accesos se realizan desde terminales públicos, representa cada vez más una parte minoritaria del mismo, lo que hace que la presencia del Grupo Telefónica se vea incluso más limitada (y a día de hoy prácticamente anulada).
- Que pretender que la Comisión concluya el procedimiento determinando la infracción solicitada por COMUNITEL generaría un flagrante incumplimiento del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la LGTel.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, con fecha 31 de mayo de 2005, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por la entidad MORE MINUTES COMMUNICATIONS, S.L., mediante el cual manifiesta lo siguiente:

“Apoyamos totalmente la postura de Comunitel Global, S.A. y reiteramos el contenido de nuestro escrito remitido a esta Comisión con fecha 19/04/05”.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Admisión a trámite y delimitación del objeto

La Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2005 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición, tal y como dispone el artículo 116 de la LRJPAC.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, fundamentando la solicitud sobre la base del artículo 63 de la LRJPAC, tal y como exige el artículo 107 de la propia LRJPAC.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, se admite a trámite el Recurso de Reposición interpuesto por la entidad COMUNITEL contra la Resolución de esta Comisión de fecha 31 de marzo de 2005.

SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la alegación relativa a la falta de resolución del problema del mercado.

La entidad recurrente manifiesta que esta Comisión no ha impuesto hasta la Resolución recurrida ninguna medida que pueda desincentivar la continuidad de su comportamiento. Así, COMUNITEL manifiesta que *“el expediente AEM 2004/1844 se inició con el fin de determinar si telefónica ha incurrido en prácticas anticompetitivas consistentes en la aplicación discriminatoria a favor de sus agentes distribuidores de (i) el recargo aprobado por la CMT para las llamadas desde TUPs gratuitas para el llamante, (ii) el régimen de precios regulados a que está sometida. Así, se trataba de determinar si se estaban imputando descuentos en tráfico comercializado por los distribuidores de Telefónica que suponían, a fin de cuentas, un fraude de la resolución de 31 de marzo”*.

Además alega que *“la ausencia de toda referencia a los revendedores en el Resuelve de la Resolución recurrida, vacía de toda efectividad la Resolución. En efecto, tal y como COMUNITEL ha puesto de manifiesto en las alegaciones presentadas a lo largo del expediente, la mayoría del tráfico comercializado por TELEFÓNICA se comercializa a través de revendedores o clientes mayoristas y no de distribuidores comerciales o agentes”*.

Hay que señalar, en primer lugar, que la entidad recurrente solicita, de acuerdo con el artículo 63 de la LRJPAC, la anulación de la resolución de fecha 31 de marzo de 2005, pero no expresa la concreta infracción del ordenamiento jurídico en la que se incurre en la resolución impugnada, por lo que esta Comisión deduce del escrito de recurso, que la recurrente entiende vulnerado el artículo 89 de la LRJPAC que, en su apartado primero, establece lo siguiente:

“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”.

El principio de congruencia implica la necesidad de que exista una correlación entre las peticiones de las partes y la resolución adoptada en el expediente. La vulneración de dicho principio, jurisprudencialmente denominada “incongruencia omisiva”, supondría una vulneración del precitado artículo 89 de la LRJPAC

La jurisprudencia ha tratado el problema de la incongruencia omisiva en innumerables ocasiones estableciendo las bases y criterios necesarios para que sea apreciable dicha infracción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6608), estableció lo siguiente:

“El mencionado interés público ha determinado una atenuación del principio de la congruencia en el campo del procedimiento administrativo de suerte que la decisión a dictar, incluso en vía de recurso, ha de resolver no sólo las cuestiones planteadas por los interesados sino también las derivadas del expediente, aunque no hayan sido alegadas por aquéllos -arts. 93.1 y 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708)-. Ello implica la posibilidad de utilizar fundamentos distintos de los invocados e incluso también la de adoptar medidas o decisiones diferentes de las instadas o, en los supuestos de recurso, no incluidas en el acto originario. Pero todo ello opera con el límite de la prohibición de la reformatio in peius”.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2006, establece:

“que la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando «el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución”.

De la precitada jurisprudencia extraemos varias conclusiones de relevancia para la resolución del presente recurso. En primer lugar, el principio de congruencia implica la posibilidad de utilizar fundamentos distintos de los invocados por los interesados e incluso también la de adoptar medidas o decisiones diferentes de las instadas. El órgano resolutorio no viene obligado a resolver en el sentido que desean las partes, sino que debe respetar los principios de objetividad e imparcialidad, máxime cuando en el procedimiento se ven afectados una pluralidad de intereses contrapuestos.

Por otro lado, la jurisprudencia ha aceptado, que la falta de resolución expresa de alguna de las cuestiones planteadas por las partes en el procedimiento, puedan entenderse desestimadas por silencio, sin que ello suponga que no se ha resuelto todas y cada una de las peticiones de las partes, máxime cuando la desestimación se deduzca de la fundamentación contenida en el cuerpo de la resolución.

Pero es que además, el vicio de incongruencia omisiva debe causar indefensión en el interesado. Ello se extrae de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1998, de 11 de febrero de 1998 (RTC 1998/30), al dejar establecido lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“para apreciar la incongruencia omisiva ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y “si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión” (STC 56/1996 RTC 1996/56, fundamento jurídico 4º) debiendo valorarse, a estos efectos si razonablemente ha podido interpretarse la falta de respuesta como desestimación tácita”.

No obstante, no toda indefensión alegada es susceptible de amparo. Así, las Sentencia del Tribunal Constitucional 246/2005, de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005/246), dejó sentado lo siguiente:

“para que exista indefensión material, con relevancia constitucional, es necesario, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, que concurra un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa”

Indefensión material que no se produce cuando el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pudiendo además el afectado contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior.

Aclarados los criterios que deben servir de base para determinar si efectivamente ha existido incongruencia en la resolución aquí impugnada, conviene ahora analizar la resolución de fecha 31 de marzo de 2005, análisis que nos conducirá a la conclusión de que no hay infracción alguna del ordenamiento jurídico.

a) Sobre la falta de pronunciamiento en relación a los revendedores.

COMUNITEL alega en su escrito de recurso que *“la Resolución recurrida no toma en consideración las prácticas realizadas por TELEFÓNICA en las relaciones con sus distribuidores/revendedores, centrandó la Resolución en las relaciones contractuales y la práctica realizada con los distribuidores comerciales o agentes”.* Y añade que *“una de las carencias más importantes de la Resolución recurrida es sin duda, la “ignorancia” que se hace, a pesar de lo establecido en el Informe de los Servicios y de lo dispuesto en las páginas 14 y 15 de la Resolución recurrida”.*

Antes de analizar el contenido de la Resolución impugnada, y en lo relativo a la alusión que COMUNITEL hace a los informes de los Servicios de esta Comisión, debemos poner de manifiesto que el artículo 83 de la LRJPAC establece en su apartado 1), que *“salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del tenor literal del precitado artículo, se desprende que los informes evacuados por los servicios de esta Comisión, en principio, no vinculan al órgano de resolución del procedimiento, que puede diferir, al dictar la resolución, del sentido del informe.

Debe recordarse que el Consejo es el órgano decisorio de las resoluciones que emite la Comisión en relación con el mercado de las telecomunicaciones, y no sus servicios.

El informe de los Servicios, únicamente constituye un trámite de puesta en conocimiento de los interesados del criterio provisional de los Servicios sobre el resultado de la tramitación del expediente, que ni tiene porqué ser el criterio definitivo de los Servicios, pues las alegaciones a dicho trámite pueden cambiar el criterio comunicado ni, en última instancia, tienen que constituir el criterio final de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que se expresa mediante decisión del Consejo, que finalmente se refleja en la correspondiente resolución.

El Consejo de esta Comisión es autónomo en sus decisiones sobre el sentido de las resoluciones, sin que deba proceder a dar cuenta del cambio de criterio al interesado antes de la resolución, salvo que se vayan a tener en cuenta hechos o alegaciones distintas de las incorporadas al expediente, y sobre las que el interesado ya ha podido presentar sus correspondientes alegaciones previas al trámite de audiencia. Es en la propia Resolución donde el Consejo ha de incluir la motivación de su decisión final.

El trámite del informe de los servicios constituye una referencia para los interesados, en tanto expresa un criterio aproximativo de los servicios, pero ni es un trámite preceptivo (se podría cumplir con el trámite de audiencia al interesado con la puesta de manifiesto del expediente, sin pronunciamiento inicial de los servicios, como prevé el art. 84 de la LRJPAC) ni, por su puesto, vincula al Consejo de la Comisión, único órgano legitimado –sin perjuicio de las delegaciones existentes- para decidir en nombre de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los asuntos de su competencia.

Aclarado lo anterior, y en relación a la argumentación sobre la ausencia en la resolución impugnada de la figura del “revendedor”, esta Comisión no puede más que confirmar lo establecido en la resolución de fecha 31 de marzo de 2005, que aunque no resuelve en el sentido deseado por la recurrente, si resuelve sobre la relaciones entre TELEFÓNICA y los revendedores.

Así el Fundamento Quinto de la Resolución impugnada analiza la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas, haciendo además, un análisis económico de las ofertas de TTP y de los restantes agentes distribuidores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En resumen, para evitar repeticiones innecesarias, en la Resolución de 31 de marzo de 2005, se argumenta la existencia de dos tipos de relaciones comerciales entre TELEFÓNICA y sus Agentes Distribuidores: (i) la propia del revendedor, **cliente mayorista de Telefónica**, y por tanto, afectado por el régimen de regulación de precios que limita la capacidad comercial de Telefónica, y (ii) la de **distribuidor comercial** de los servicios de TELEFÓNICA, cuyo régimen exige la vigilancia sobre la aparición de condiciones o cláusulas que pueden resultar anticompetitivas habida cuenta de la posición del grupo en los mercados afectados.

Se trata pues de unas relaciones contractuales que inciden en los mismos mercados, y deben reunir las mismas condiciones que esta Comisión estableció en su Resolución de 24 de abril de 2003, relativa al contrato, llamado entonces, de Suministrador Homologado.

En concreto, TELEFÓNICA deberá aplicar precios regulados al Distribuidor por los servicios sometidos a regulación de precios que le preste, donde cualquier descuento adicional sobre el volumen de tráfico que Telefónica pretenda ofrecer a sus clientes, sean estos mayoristas o minoristas, sea objeto de aprobación por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de esta Comisión. Finalmente, en relación con el recargo y, de acuerdo con lo establecido por esta comisión en su Resolución de 31 de marzo de 2004, se deberá repercutir, en la doble condición que TELEFÓNICA ostenta como operador de acceso y del STDP y titular TUP.

b) Sobre TTP y la tarjeta multidestino.

Alega COMUNITEL en su escrito de recurso que la resolución recurrida *“presta demasiada importancia, en relación con los efectos que produce en el mercado, a la tarjeta multidestino de TTP y nada se resuelve en relación con los revendedores”*.

Pues bien, esta Comisión comparte la opinión de COMUNITEL, en lo que se refiere a la importancia que se le presta la tarjeta multidestino de TTP en la resolución de referencia. Ahora bien, esa atención o interés por dicha tarjeta no trae causa de una decisión caprichosa de esta Comisión, ya que de acuerdo con la resolución de fecha 31 de marzo de 2005, el objeto de la misma es *“determinar si Telefónica ha incurrido en prácticas anticompetitivas consistentes en la aplicación discriminatoria a favor de sus agentes Distribuidores de:*

- *el recargo aprobado por esta Comisión para las llamadas TUP gratuitas para el llamante.*
- *el régimen de precios regulados a que está sometida”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Únicamente se puede concluir, para la tarjeta comercializada por TTP, que las prácticas del Grupo Telefónica, consistentes en el no cumplimiento de la legislación tarifaria vigente constituyen una conducta abusiva cuyo objetivo sería reforzar la posición dominante de TELEFÓNICA en el mercado conexo del servicio telefónico disponible al público.

Por lo tanto, se hace necesario diferenciar, tal y como hace la resolución impugnada, la relación contractual entre TELEFÓNICA y TTP, de la relación contractual entre TELEFÓNICA y el resto de Agentes Distribuidores.

Efectivamente, la situación del resto de Agentes Distribuidores con respecto a TTP es diferente dado que estas empresas no pertenecen a la misma unidad económica que el Grupo TELEFÓNICA y que, como TELEFÓNICA reconoce en su escrito de 13 de enero de 2005, estos agentes interpuestos no son un canal de distribución sino que son clientes mayoristas.

Por tanto, estas empresas podrían modificar sus precios minoristas siempre y cuando se cumplieran la condiciones impuestas a TELEFÓNICA por la resolución de 24 de abril de 2003.

En virtud de todo lo anterior, debe ser desestimada la pretensión de COMUNITEL, en tanto que esta Comisión ha resuelto, tal y como establece el artículo 89 de la LRJPAC todas y cada una de las cuestiones planteadas por los interesados en el procedimiento. Otra cuestión bien distinta, es el hecho de que la Resolución ahora impugnada no contenga los razonamientos deseados por la recurrente, hecho que en modo alguno constituye infracción del principio de congruencia, de acuerdo con los criterios establecidos en el presente Fundamento Primero.

SEGUNDO.- Sobre la alegación relativa a la falta de declaración sobre la existencia de prácticas anticompetitivas.

Declara la entidad recurrente en su escrito de recurso que *“la Resolución recurrida no recoge en el resuelve declaración alguna sobre la infracción que, sin embargo, se prueba y se refleja a lo largo de la Resolución”*. Además, añade que *“la Resolución recurrida declara en los Fundamentos de Derecho la constatación de que TELEFÓNICA no ha aplicado la legislación tarifaria vigente, reforzando la posición de dominio que ostenta en dicho mercado... sin embargo nada se dice sobre dicha infracción ni sobre los efectos anticompetitivos en el Resuelve”*.

Mediante la Resolución de fecha 31 de marzo de 2005, el Consejo de esta Comisión adoptó la decisión de imponer una serie de obligaciones a Telefónica, derivadas todas ellas de las conductas anticompetitivas probadas durante la instrucción del procedimiento y que fundamentan la referida resolución. Así esta Comisión impuso obligaciones de hacer (modificación de los contratos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distribución) y de no hacer (comercializar la tarjeta multidestino y aplicar multiplicador o divisor sobre la cuantía de la retribución de los agentes).

Declara la entidad recurrente, que el Resuelve no hace alusión a la conducta anticompetitiva, por lo que supone una infracción del ordenamiento jurídico. No obstante esta Comisión discrepa de las conclusiones de COMUNITEL, en el sentido de que las medidas adoptadas en el resuelve traen causa, como no puede ser de otra manera, de las prácticas anticompetitivas probadas en los fundamentos de derecho de la resolución de fecha 31 de marzo de 2005, por lo que no se hace necesario reiterar dichas conductas en el Resuelve, que si son atacadas mediante la imposición de obligaciones.

Así, en la referida Resolución esta Comisión declara, entre otras, las siguientes prácticas anticompetitivas de Telefónica:

- a) Prácticas competitivas con respecto a sus comercializadores

Fundamento de derecho 5.2:

Página 24: “De los cálculos y consideraciones realizadas anteriormente resulta evidente que los precios a los que TTP ha comercializado sus tarjetas son tales que ni siquiera permitirían recuperar el importe del recargo que Telefónica (matriz al 100% de TTP) está obligada a repercutirle, con lo que estaría vendiendo por debajo de sus costes, conducta prohibida como unidad económica que constituye con TESAU, en reiteradas ocasiones por esta Comisión”.

Página 26: “se pone de manifiesto que TTP está comercializando a través de su Tarjeta Multidestino precios para el servicio de llamadas internacionales por debajo de la cuantía del recargo”

La medida adoptada por esta Comisión para evitar dichas prácticas anticompetitivas fue la de ordenar el cese de la comercialización de la Tarjeta Multidestino, una medida sin duda, que da respuesta al problema de mercado detectado en dicho momento, y que evita la continuidad de dicha conducta.

- b) Prácticas anticompetitivas con respecto a los revendedores.

Fundamento de derecho 5.4:

Página 37: “En conclusión, esta Comisión considera que las prácticas del Grupo Telefónica, realizadas a través de Telefónica, consistentes en el no cumplimiento de la legislación tarifaria vigente constituyen una conducta abusiva cuyo objeto sería reforzar la posición dominante de Telefónica en el mercado conexo del servicio telefónico fijo disponible al público”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La medida adoptada por esta Comisión, en cuanto a sus comercializadores consiste en la obligación impuesta a Telefónica de modificar los contratos de distribución formalizados con sus agentes, así como el contrato tipo para las formalizaciones futuras.

En cuanto a las relaciones comerciales con sus revendedores, clientes mayoristas, las obligaciones venían determinadas, en aquel momento, por la normativa que regulaba el régimen de precios aplicables por el Grupo Telefónica, previa aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por lo que dicha obligación ya existía ex ante, y su incumplimiento suponía una infracción administrativa susceptible de ser sancionada, a través del correspondiente procedimiento sancionador, incoado en el Resuelve de la Resolución de 31 de marzo de 2005, por incumplimiento de las condiciones de la prestación del servicio.

En cuanto al resto de alegaciones presentadas por COMUNITEL, referidas todas ellas a la imposición de obligaciones a TESAU, no pueden prosperar porque no concurriendo la vulneración de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, tal y como ha quedado fundamentado en la presente resolución, no procede una revisión sobre el fondo de la resolución de 31 de marzo de 2005, en el sentido de imponer nuevas obligaciones no contempladas en la misma.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad COMUNITEL GLOBAL, S.A. contra la resolución de 31 de marzo de 2005 por la que se pone fin al trámite de información previa en relación a la política tarifaria seguida por el Grupo TELEFÓNICA en la comercialización de determinadas tarjetas prepago, y confirmar la Resolución impugnada en sus propios términos.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera