



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 25/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de julio de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SA contra la Resolución de esta Comisión de 14 de abril de 2011 dictada en el expediente AEM 2009/23 sobre la presunta existencia de posibles prácticas restrictivas de la competencia con respecto a la política de promociones de Telefónica de España SAU (AJ 2011/1284).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Aprobación de la metodología para el análisis de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. y requerimiento semestral de los datos sobre promociones.

Con fecha 26 de julio de 2007 esta Comisión dictó Resolución por la que se aprobaba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU). Dicha metodología concretaba las obligaciones impuestas a este operador en virtud de los análisis de mercados de acceso, tráfico telefónico y banda ancha mayorista.

De forma adicional a los márgenes máximos con que cuenta TESAU para realizar su acción comercial referente a los servicios incluidos en los mercados anteriores, se impuso la obligación de responder, cada seis meses, a un requerimiento de información para que esta Comisión procediera a actualizar el valor actual neto (VAN) de la oferta comercial de TESAU de forma semestral. En dicho requerimiento este operador también debe aportar la información correspondiente a las altas en las diferentes promociones para que esta Comisión pueda asegurar que no se ha superado el límite establecido en las citadas Resoluciones.

A partir, entre otros, de los datos aportados en estos requerimientos semestrales se han aprobado hasta la fecha cinco actualizaciones de la metodología mencionada. Concretamente, mediante



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resoluciones de 22 de mayo de 2008 (AEM 2008/215), de 18 de septiembre de 2008 (AEM 2008/1442), de 1 de octubre de 2009 (AEM 2009/1106), de 22 de abril de 2010 (AEM 2010/656) y de 30 de septiembre de 2010 (AEM 2010/1673).

SEGUNDO.- Escrito de denuncia de France Telecom España S.A. sobre la política de promociones de TESAU.

Con fecha 30 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de France Telecom España SA (en adelante, ORANGE) fechado el día 17 de diciembre de 2008 por el que denuncia que la política de promociones de TESAU produce un serio perjuicio a la competencia en el mercado de banda ancha mediante concatenaciones que suponen una práctica restrictiva de la competencia. Asimismo, afirma que dicha política constituye una práctica discriminatoria que tiene como objetivo disciplinar el mercado de servicios de banda ancha, excluyendo en la máxima medida posible a sus competidores. Por todo ello, ORANGE solicitaba que esta Comisión, en el uso de las competencias que tiene atribuidas, tomara ciertas medidas para evitar los perjuicios que a su juicio estaban provocando las citadas prácticas. En concreto solicitaba la adopción de las siguientes medidas:

- Adoptar medidas para prevenir la concatenación de promociones e impedir que la práctica de captación se convierta en una práctica de fidelización, en concreto, limitando el importe máximo de las promociones de tal manera que se garantice que toda promoción arroja márgenes positivos al final del plazo mínimo de permanencia.
- Limitar la cuantía de la promociones tomando en consideración la mayor tasa de "churn" de los operadores alternativos, sus mayores costes y un mix de servicios de acceso indirecto y de acceso desagregado basado en cobertura.

Asimos, solicitaba de esta Comisión que realizara las siguientes acciones:

- a) Que mientras se resolviera sobre las peticiones anteriores, esta Comisión procediera a la paralización de las ofertas cuyo precio promocional se extendiera más allá de seis meses.
- b) Que se procediera a la revisión a los precios del acceso indirecto al bucle de abonado y a la adecuación del mark up conforme al contexto competitivo generado por la política promocional de TESAU
- c) Que se diera traslado del presente escrito a la CNC, de acuerdo con el artículo 48.3, apartado e) 2ª de la Lgtel, en lo relativo a la denuncia de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia para las que esta Comisión no tenga atribuidas competencia legal de intervención.

TERCERO.- Apertura y tramitación del expediente AEM 2009/23.

A la vista del escrito presentado por ORANGE, y tras recibir con fecha 19 de enero de 2009 la información de TESAU referida en el Antecedente Primero sobre las promociones realizadas durante los seis meses anteriores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 26 de enero de 2009 se informó a TESAU y ORANGE de la apertura del procedimiento administrativo AEM 2009/23. En dichos acuerdos también se requería a ambos operadores la aportación de una serie de datos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fechas 18 de marzo y 20 de abril de 2009 tuvieron entrada en el registro de esta Comisión sendos escritos de TESAU corrigiendo la información sobre promociones realizadas aportada en respuesta al requerimiento de información mencionado en el Antecedente Primero. En el escrito de 18 de marzo TESAU formulaba, además, una serie de alegaciones a los hechos denunciados por ORANGE.

En la forma prevista por el artículo 84 de la LJPAC, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 10 de julio de 2009 se procedió a comunicar a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente, así como el informe elaborado a tal efecto por los Servicios de esta Comisión. Presentaron alegaciones a dicho informe tanto ORANGE como TESAU.

Posteriormente, dada la necesidad de información adicional para analizar adecuadamente los hechos denunciados por ORANGE, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la LRJPAC, esta Comisión requirió a TESAU nuevos datos en fechas 14 de julio y 17 de septiembre de 2010, siendo recibidos los días 29 de julio y 16 de diciembre del mismo año.

Finalmente, antes de dictar la resolución impugnada, y al amparo de lo previsto en el artículo 48.3.i, 50.1.b) y 50.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), esta Comisión procedió a realizar una inspección a TESAU. Dicha inspección tuvo por objeto evaluar la exactitud y fehaciencia de la información aportada en el archivo Excel remitido por TESAU el día 16 de diciembre de 2010, a partir de los datos que obran sus sistemas internos.

CUARTO.- Resolución AEM 2009/23 de 14 de abril de 2011

Mediante Resolución de fecha 14 de abril de 2011 recaída en el expediente AEM 2009/23, el Consejo de esta Comisión acordó:

“ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento incoado en relación con la denuncia presentada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., procediendo al archivo del expediente.”

QUINTO.- Recurso de reposición de ORANGE.

Mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2011 ORANGE interpuso recurso de reposición contra la anteriormente citada Resolución de 14 de abril de 2011. Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- La resolución impugnada no resuelve todas las cuestiones planteadas por la entidad recurrente en el escrito que dio origen al procedimiento del que trae causa el acto impugnado, infringiéndose lo previsto en el artículo 89 LRJPAC, puesto que trata únicamente la problemática presentada desde el punto de vista del estrangulamiento de márgenes provocado por la concatenación de promociones de TESAU hasta la fecha de presentación del escrito de 17 de diciembre de 2008 (que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 30 del mismo mes). Sin embargo, los hechos denunciados originalmente no se circunscribían únicamente a dicha concatenación o a la anti competitividad de las promociones individuales hasta ese momento, sino que denunciaban una política comercial basada en el uso fraudulento del instrumento promocional



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como medio de captación y de retención de clientes que constituían una práctica discriminatoria generadora de estrangulamiento de márgenes en los competidores de TESAU.

2º.- No se cumplen las exigencias legales en cuanto a motivación del artículo 54 LRJPAC, puesto que la muestra temporal elegida por esta Comisión y situada entre septiembre de 2007 y diciembre de 2008 no puede demostrar la concatenación de precios promocionados en períodos sucesivos de un año y el estrangulamiento de márgenes que ello lleva aparejado, al no haberse iniciado este tipo de promociones hasta 2008.

3º.- No se considera ni analiza la evolución del ingreso medio de TESAU, que es un indicio fundamental y objetivo para conocer la incidencia real de la política promocional de TESAU en el mercado. Resulta incompatible, por un lado, el aumento progresivo de clientes y el descenso continuado de ingresos, manteniéndose los precios sin cambios y, por otro lado, la insignificante incidencia de las promociones, a juicio de ORANGE.

4º.- El trámite de audiencia del procedimiento AEM 2009/23 no satisface los requisitos legales previstos por los artículos 79 y 84 LRJPAC, al no tener en cuenta los escritos de alegaciones posteriores remitidos por la entidad recurrente y al no haber dado traslado a esta última la respuesta a un último requerimiento a TESAU que resultó fundamental para la adopción de la resolución recurrida.

5º.- La resolución recurrida infringe el artículo 62 LRJPAC por vulneración del artículo 3 a) LGTel, al no fomentarse la competencia efectiva en los mercados 4 y 5 de comunicaciones electrónicas. Y ello porque la resolución impugnada no hace cumplir con la obligación impuesta en el análisis de dichos mercados acerca de la prohibición del operador dominante de discriminación abusiva en términos de precios, al permitirse a TESAU discriminar a sus propios clientes ofreciendo solamente a aquéllos que solicitaban la baja la posibilidad de suscribirse a promociones exclusivamente aplicables a nuevos clientes y con efectos nocivos para el mercado.

SEXTO.- Notificación del inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a los interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 1 de junio de 2011 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por ORANGE.

SÉPTIMO.- Alegaciones realizadas por TESAU al recurso interpuesto.

Mediante escrito del día 17 de junio de 2011, TESAU efectúa alegaciones al recurso interpuesto por ORANGE. En ellas señala, primeramente, que el recurso no se fundamenta en las causas de nulidad o anulabilidad exigidas por el artículo 107.1 LRJPAC, por lo que el mismo debería ser objeto de desestimación.

En la segunda de sus alegaciones TESAU afirma que todas sus ofertas comerciales han sido comunicadas y analizadas por esta Comisión Y, en el supuesto concreto del expediente AEM 2009/23, se le han efectuado numerosos requerimientos de información en los que ha facilitado, incluso, las propias facturas giradas a sus clientes. TESAU declara que no ha existido ni existe en este caso estrechamiento de márgenes porque los costes de cada una de las promociones comercializadas no supera el VAN aprobado por esta Comisión. Si la entidad recurrente no



estuviera de acuerdo con la metodología de análisis de estrechamiento de márgenes, debería interponer el correspondiente recurso contra la misma.

TESAU comparte la decisión de esta Comisión de analizar solamente las facturas de los clientes comprendidas dentro del periodo denunciado por ORANGE así como la toma en consideración de las hipótesis más conservadoras en el análisis de la muestra de dichas facturas. Añade que el análisis realizado por esta Comisión demuestra que el ingreso medio efectivo es muy cercano al precio nominal de cada uno de los paquetes ofertados, en contra de lo sostenido por ORANGE. También señala que su cuota de mercado de banda ancha ha decrecido fuertemente desde 2009 hasta la actualidad. Si la actividad denunciada por ORANGE hubiera sido realmente anticompetitiva y contraria al ordenamiento sectorial, esta tendencia no se habría producido. Finalmente, alega TESAU que fueron los operadores alternativos de DSL los que vieron aumentada su cuota de mercado a partir de 2008.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 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 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 LRJPAC 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.

ORANGE califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 22 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de 14 de abril de 2011 (AEM 2009/23), por la que se acuerda archivar la renuncia presentada por la entidad recurrente sobre la presunta existencia de posibles prácticas restrictivas de la competencia con respecto a la política de promociones de TESAU.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento AEM 2009/23 en el que se dictó la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a ORANGE para la interposición del presente recurso.



Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En las páginas 1 a 3 de su escrito de alegaciones de 17 de junio de 2011, TESAU denuncia expresamente que no concurren en el recurso de ORANGE las causas de nulidad o anulabilidad exigidas por el artículo 107.1 de la LRJPAC. A juicio de TESAU, la entidad recurrente se habría limitado a reiterar, por vía de recurso, las alegaciones ya formuladas en el expediente AEM 2009/23.

Sin embargo, en el texto del recurso de ORANGE sí se cita de un modo explícito la posible vulneración por parte de la resolución impugnada de los artículos 54 (página 8 del recurso), 79 y 84 LRJPAC (página 12) y 89 (páginas 2 y 3) de la LRJPAC, así como del artículo 3 a) LGTel (página 12), poniendo este último precepto en relación con el artículo 62 LRJPAC (anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico). Por tanto, sí se ha observado el requisito del artículo 107 LRJPAC.

No obstante, y aunque no se hubiese expresado en el recurso una causa concreta de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 LRJPAC, el recurso tendría que ser admitido a trámite a la luz de la doctrina *pro actione* contenida, entre otras, en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\6627). En dicha sentencia se declara que no constituye razón suficiente para la inadmisión de un recurso la no expresión de “*la razón de la impugnación*”. Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha aplicado reiteradamente el principio *pro actione* en el ámbito administrativo, entre otras, en las SSTC 158/2000 de 12 de junio, 40/2007 de 26 de febrero, 3/2008 de 21 de enero y 117/2008 de 13 de octubre.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por ORANGE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

Cuarto. Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente procedimiento 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.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la posible existencia de incongruencia omisiva en la resolución recurrida.

En las páginas 2 a 12 de su recurso ORANGE alega que la Resolución recurrida ha incurrido en una presunta incongruencia omisiva, al no haber resuelto todas las cuestiones planteadas por el operador recurrente en su denuncia de 30 de diciembre de 2008. Concretamente, en la página 3 del recurso se afirma que:

“la resolución de esta Comisión trata únicamente la problemática presentada desde el punto de vista de estrangulamiento de márgenes provocado por la concatenación de promociones hasta la fecha de presentación de la denuncia original de 30 de diciembre de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2008, mientras que la denuncia original de mi representada no se circunscribía únicamente a dicha concatenación o a la anticompetitividad de las promociones consideradas individualmente hasta ese momento, sino que se denunciaba una política promocional en el ámbito residencial, una política comercial basada en el uso fraudulento del instrumento promocional como medio de captación y, sobre todo, de retención y con efectos anticompetitivos a futuro que debían ser detenidos, por constituir una práctica discriminatoria y que devenía en el estrangulamiento de márgenes de sus competidores.”

En primer lugar, esta Comisión considera que no es posible sustentar, como pretende la recurrente, la denuncia de un operador hacia otro por unas supuestas prácticas que el operador denunciado realizará en el futuro. En concreto, no tendría sentido que ORANGE denunciara a finales de 2008 que meses más tarde -al menos 4 meses- TESAU concatenaría promociones a clientes que hubieran contratado una promoción con cuotas reducidas durante 12 meses. En este supuesto, esta Comisión no podría haber empezado a instruir y analizar dicha denuncia y a adoptar las medidas pertinentes hasta como mínimo 4 meses después de la entrada del escrito. Una vez que esta Comisión, ha analizado un determinado mercado y ha adoptado las medidas ex ante que considera oportunas no puede en ningún caso adoptar medidas complementarias “ad cautelam”, sobre la base de supuestos incumplimientos de estas medidas para evitar consecuencias derivadas de estos supuestos incumplimientos cuando todavía no se han producido.

Así pues, el análisis de los hechos denunciado por ORANGE no puede interpretarse de otra manera distinta a la realizada por esta Comisión en su Resolución AEM 2009/23 de 14 de abril de 2011, esto es, que TESAU concatenó durante 2008 promociones de captación con otras de cuotas mensuales reducidas durante 12 meses –estas últimas estarían vigentes a partir de marzo de ese año-, lo que presuntamente produciría un estrechamiento de márgenes. De hecho, fue durante este periodo, y no posteriormente, cuando TESAU consiguió tasas de captación muy elevadas en términos de altas netas de accesos de banda ancha, en concreto del 70%.

En segundo lugar, las promociones que denuncia la recurrente en realidad no se empezaron a comercializar en marzo de 2008 como afirma, sino que TESAU las lanzó al mercado el 1 de octubre de 2007 y por eso esta fecha fue la elegida como punto inicial del análisis. Además, las concatenaciones denunciadas no son sólo de promociones que ofrecen cuotas reducidas durante 12 meses, sino también fueron denunciadas promociones de 3 meses que se concatenarían luego con las mencionadas de 12 meses. Así pues, y a partir el periodo analizado, ya podría haberse detectado, en caso de existir, el pinzamiento de márgenes que hubiera sido fruto de la concatenación, tanto de las promociones de 3+12 meses como de 12+12 meses.

Además, cabe recordar que, para el análisis de pinzamiento de márgenes, se han extrapolado hacia adelante las promociones que se hubieran contratado a finales de 2008, por lo que si un cliente hubiera contratado una promoción de 12 meses en diciembre de 2008, el análisis hubiera tenido en cuenta que el cliente hubiera disfrutado de toda la promoción, esto es hasta noviembre de 2009.

Por todo ello, el período elegido para realizar la auditoria es perfectamente válido y acorde a la petición realizada por ORANGE, ya que pretende determinar si clientes que han recibido alguna promoción en el momento de la captación, han recibido durante 2008 alguna otra promoción adicional, de forma que el resultado final fuera un estrechamiento de márgenes prohibido por las obligaciones de los mercados relevantes.

En el artículo 89.2 LRJPAC se dice que:

“En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación



inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.”

El alcance de la congruencia administrativa del artículo 89 LRJPAC, definida por los tribunales de lo contencioso como la *necesaria correlación entre la solicitud del ciudadano y la respuesta que debe darle la Administración*¹, ha sido objeto de progresiva delimitación por parte del Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS de 13 de marzo de 2006², 2 de marzo de 2001³ y de 19 de junio de 1987⁴. En la doctrina citada se declara que no es necesario que la Administración, al resolver, se refiera a todas y cada una de las alegaciones o fundamentos formulados por el interesado, bastando con que decida sobre si procede o no acceder a las pretensiones fundamentales ejercitadas, motivándolo suficientemente, aunque sea por motivos o fundamentos distintos de los alegados. Y ello porque los órganos administrativos deben resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente por los interesados, pero no se hallan vinculados necesariamente a las peticiones formuladas por éstos⁵. En este caso concreto, esta Comisión no se encuentra vinculada por el análisis e interpretación de la situación de los mercados pertinentes y de las promociones comerciales de TESAU efectuada por ORANGE tanto en su escrito de denuncia de 30 de diciembre de 2008 como en su recurso potestativo de reposición, puesto que dicha interpretación y análisis corresponden únicamente a este organismo regulador en virtud del artículo 48.4.e) LGTel⁶ así como de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

SEGUNDO.- Sobre el concepto de estrechamiento, estrangulamiento o pinzamiento de márgenes y la existencia del mismo en las prácticas de TESAU denunciadas por ORANGE.

El concepto de estrechamiento, pinzamiento o estrangulamiento de márgenes es definido en el apartado 32 de la STJUE de 17 de febrero de 2011⁷ del siguiente modo:

“tal compresión de los márgenes existiría, particularmente, si la diferencia entre los precios mayoristas de los insumos para ADSL y los minoristas de las conexiones de banda ancha que cobra a los clientes finales fuese negativa, es decir, insuficiente para cubrir los gastos específicos de las referidas prestaciones mayoristas de ADSL que T.S (el operador dominante) ha de soportar por el suministro de sus propias prestaciones minoristas a los clientes finales, de modo que dicha diferencia no permita a un competidor igual de eficiente que dicha empresa competir con ella por el suministro de las referidas prestaciones a los clientes finales.”

ORANGE cita en su recurso diferentes indicadores que demostrarían una política de estrechamiento de márgenes seguida por TESAU y fundamentalmente los siguientes:

¹ STSJ Comunidad de Madrid (Sección 2ª) núm.1363/2004, de 21 de septiembre de 2004 (JUR 2004\298984).

² RJ 2006\1713.

³ RJ 2001\1203.

⁴ RJ 1987\4845.

⁵ Véase STS de 2 de marzo de 2001 (RJ 2001\1203).

⁶ En la redacción dada a dicho precepto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Anteriormente a la entrada en vigor de esta norma se trataba del artículo 48.3.e) LGTel.

⁷ C-52/09. También véase a este respecto el apartado 38 del reciente Informe del Organismo de Reguladores Europeos de la Comunicaciones Electrónicas (ORECE, o BEREC en su versión inglesa) sobre determinados aspectos de la comercialización de la banda ancha (*“BEREC report on specific aspects of broadband commercialization”* (BoR (11) 25 final), May 2011, pág.7).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a) La evolución en constante descenso del precio medio de TESAU, que el operador recurrente también compara con un precio nominal que ha permanecido inmóvil.
- b) El continuado, y sin ningún retroceso, aumento de la planta de clientes de TESAU.
- c) El alto número de clientes en planta que habrían tenido descuentos: esto supondría una práctica de discriminación abusiva de los clientes que se quisieran dar de baja con la consecuencia del aumento de la cuota de mercado de TESAU desde mediados de 2007 hasta fin de 2008.

De forma preliminar debe señalarse que la resolución objeto de recurso demostró, tras un exhaustivo análisis de cerca de 50.000 facturas, la inexistencia de una situación de estrechamiento de márgenes durante el periodo analizado, debiendo recordarse que es precisamente durante dicho plazo de tiempo cuando TESAU consiguió mejorar sus resultados de captación de clientes, a diferencia del retroceso que posteriormente experimentó.

En relación al indicador del *ingreso medio*, esta Comisión ya se refirió al mismo en el apartado II.2.6 de la resolución recurrida. Más allá de lo ya expuesto en dicho apartado, cabe añadir que el ingreso medio del acceso dedicado publicado en los informes trimestrales y anuales de esta Comisión no es la medida sobre la que esta CMT realiza su test de estrechamiento de márgenes por cuanto que dicho ingreso no refleja el precio efectivo del servicio.

En efecto, como es sabido, en España, y en especial para el segmento residencial, la forma mayoritaria de comercialización de la banda ancha es mediante el empaquetamiento con otros servicios, por lo que el precio minorista analizado a los efectos del estrechamiento de márgenes es el del paquete y no el de un servicio en concreto. Con el objeto de responder al requerimiento de información que esta Comisión remite periódicamente para confeccionar los informes estadísticos, cada uno de los operadores asigna una parte del precio del paquete a cada uno de los servicios que forman parte del mismo, conformando así el ingreso por servicio. Por tanto, no existe un criterio de asignación homogéneo y único para todos los operadores, por lo que la comparación del ingreso medio entre diferentes operadores no es relevante más allá del carácter estadístico por el que la CMT lo publica.

A todo esto debe añadirse la tendencia de los operadores a aumentar los servicios incluidos en cada uno de los paquetes, de tal manera que, más allá del paquete tradicional que incluye el servicio de Internet de banda ancha y el servicio telefónico fijo a destinos fijos nacionales, actualmente pueden formar parte del empaquetamiento otros elementos como la telefonía internacional y/o fijo-móvil, el acceso a la red telefónica pública, los servicios móviles (tanto voz como banda ancha) y/o la televisión de pago.

Referente al *aumento sostenido en el tiempo del número de clientes* de TESAU, cabe recordar que este aumento no ha sido en detrimento de los demás operadores. En efecto, el mercado está experimentando todavía una ganancia neta de clientes y además el operador dominante ha crecido por debajo del mercado, lo que le ha llevado, en realidad, a ceder cuota de mercado a favor de sus competidores.

Respecto a la posible *discriminación abusiva* con la consecuencia del aumento de la cuota de mercado de TESAU hasta finales de 2008, cabe referirse una vez más a lo ya expuesto en la resolución recurrida. Así, cabe recordar que la discriminación no es anticompetitiva per se y, en concreto, para que un descuento como el aquí analizado, ofrecido como consecuencia de un hecho objetivo – el alta del usuario – sea considerado como abusivo deber ser no replicable⁸.

⁸ Como se señalaba en la Resolución de la metodología, existen diferentes tipo de prácticas discriminatorias, como descuentos selectivos o fidelizadores, que esta Comisión analiza caso a caso dado que se derivan de cláusulas contractuales anticompetitivas. Por el contrario, las promociones como consecuencia del alta del cliente responden a un hecho objetivo por lo que su efecto en la competencia se limita a aquellos casos en los que la promoción no sea replicable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habida cuenta de que el análisis de la muestra representativa de los clientes de TESAU concluyó que no hubo pinzamiento de márgenes durante el tiempo denunciado por ORANGE, tampoco pudo existir una práctica discriminatoria. Además, esta Comisión realizó un análisis más estricto que el propuesto por la misma entidad recurrente, tomando en cuenta todas las promociones y no sólo las denunciadas.

Por todo lo anterior, no puede concluirse, como sostiene ORANGE en la página 12 de su recurso, que se haya producido vulneración alguna del artículo 3 a) LGTel en relación con el artículo 62 LRJPAC, por no fomentar la resolución impugnada la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, puesto que esta Comisión ha resuelto en ejercicio de su discrecionalidad técnica, reconocida expresamente tanto por el Tribunal Constitucional⁹ como, y específicamente a favor de este organismo regulador, por el Tribunal Supremo, y entre otras, en la STS de 4 de marzo de 2008¹⁰. Y concretamente, en materia de fomento y salvaguarda de la competencia sectorial, tanto el Tribunal Supremo en sus SSTS de 6 de octubre de 2010¹¹ y 17 de diciembre de 2008¹² como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de octubre de 2010¹³ han reconocido la potestad de esta Comisión para ejercitar dicha discrecionalidad.

Los tribunales también han venido señalando la existencia de una presunción de corrección en la valoración técnica efectuada por el organismo regulador, salvo prueba en contrario del interesado referida a cuestiones de legalidad¹⁴. Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo a las resoluciones dictadas por esta Comisión, entre otras, en sus Sentencias de 30 de noviembre de 2007¹⁵ y 19 de julio de 2006¹⁶, señalándose en esta última que:

“En lo que respecta al Acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no cabe duda de que es un acto motivado, del que no se aprecia, ni la actora prueba, que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad. Podrá ser discutible en alguno de sus extremos, de carácter marcadamente técnico, pero en defecto de alegación de normas específicas en que pueda fundarse su ilegalidad, no puede en modo alguno hablarse de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad del acto (...)”

En el caso que nos ocupa, ORANGE no ha acreditado cumplidamente en su recurso la concurrencia de arbitrariedad, desviación de poder o completa ausencia de justificación por error manifiesto de esta Comisión respecto a la resolución recurrida, por lo que no cabe reconocer en esta vía de recurso un indebido ejercicio de la potestad discrecional por parte de esta Comisión ni de la contravención del ordenamiento jurídico sectorial, y, en concreto, de la posible infracción del artículo 3 a) LGTel.

⁹ Véanse las SSTC 353/1993, de 29 de noviembre, 34/1995, de 6 de febrero, 73/1998, de 31 de marzo, o 40/1999, de 22 de marzo.

¹⁰ RJ 2008\1748. En esta sentencia se dice que:

“la Administración ejerce aquí una potestad discrecional, potestad que ha sido conferida por la Ley como instrumento para obtener una finalidad específica, que puede aparecer expresamente contenida en la norma o estar implícitamente recogida en ella.”

¹¹ RC 1338/2008.

¹² RJ 2009\232.

¹³ C-280/08, apartado 92.

¹⁴ Así lo expresa, siguiendo lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007 (recurso casación 49/2006).

¹⁵ Recurso de casación núm. 123/2005.

¹⁶ RJ 2006\4630.



TERCERO.- Sobre la posible falta de motivación de la resolución recurrida.

En la página 8 de su recurso ORANGE manifiesta que:

“La demostración que trata de realizar esa Comisión es, por tanto, completamente errónea, pues parte de un análisis temporal en el que es imposible que se dé la concatenación que esa Comisión trata de probar, con lo que se puede determinar que esa Comisión no ha cumplido con las exigencias de motivación que impone el artículo 54 LRJPAC.”

Del propio texto del párrafo reproducido se desprende que el operador recurrente no denuncia la posible inexistencia de motivación en la resolución sino que discrepa del sentido y contenido de la misma. La discrepancia con la motivación o contenido del acto o resolución impugnados no constituye motivo alguno de anulabilidad o nulidad, como señala, entre otras, la SAN de 26 de febrero de 2007¹⁷.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC manifiesta que la motivación requiere una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009¹⁸, de 26 de mayo de 2009¹⁹ y de 7 de marzo de 2006²⁰. Por otro lado, y como ha indicado también el propio Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996²¹ y de 3 de mayo de 1995²², la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

No obstante, y en el supuesto concreto de la resolución recurrida, no nos encontramos precisamente ante un caso de motivación sucinta puesto que a lo largo de 10 páginas de fundamentos²³, se indican de forma pormenorizada las razones que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada.

La propia resolución, al objeto de facilitar a sus destinatarios su comprensión y cumplimiento, incluye dos anexos consistentes en la verificación de la correcta aplicación de los precios nominales por parte de TESAÚ y en un ejemplo de cliente analizado.

Por lo tanto, del contenido de la Resolución impugnada pueden colegirse claramente, las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009²⁴, 20 de mayo de 2008²⁵ y 8 de marzo de 2006²⁶.

¹⁷ JUR 2007\52343.

¹⁸ RC 2694/2007.

¹⁹ RJ 2009\4401.

²⁰ RJ 2006\1668.

²¹ RJ 1996\8930.

²² RJ 1995\4050.

²³ Véanse páginas 7 a 16 de la resolución impugnada.

²⁴ RJ 2009\467.

²⁵ RJ 2008\5296.

²⁶ RJ 2006\5702.



Otra cosa distinta es que el operador recurrente no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007²⁷ al final de su Fundamento tercero:

“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

Y, como se ha razonado en el Fundamento Primero de esta resolución, esta Comisión considera que resulta imposible mantener, como pretende la recurrente, la denuncia de un operador hacia otro por unas supuestas prácticas que el operador denunciado realizará en el futuro, por lo que estima acertada la secuencia temporal seleccionada para realizar el análisis de la resolución impugnada.

Al concurrir la suficiente motivación en la resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución²⁸.

CUARTO.- Sobre los escritos remitidos por ORANGE durante la tramitación del procedimiento AEM 2009/23.

En la página 4 de su recurso la entidad recurrente alega que:

“No es comprensible y es discrecional la forma de actuar de esa Comisión ante los sucesivos escritos de alegaciones remitidos por mi representada, antes y después del trámite de audiencia de julio de 2009, sobre la continuidad de la política promocional de TESAU para que fueran incluidos en el expediente.”

En contraposición con lo manifestado por la recurrente, los escritos presentados por ORANGE sí han sido objeto de valoración por esta Comisión, hasta el punto de dar origen a tres procedimientos administrativos singulares y distintos del procedimiento AEM 2009/23.

Así, mientras el escrito numerado como 2 por la recurrente dio lugar al expediente AEM 2009/1201 y el número 5 ha producido el AEM 2010/655, los escritos 6 y 7 han determinado la instrucción del expediente AEM 2010/1694.

En cuanto al procedimiento AEM 2010/655, finalizado mediante Resolución del Consejo de 22 de abril de 2010, en su acuerdo de inicio de 19 de abril de 2010 se hace expresa referencia a que:

“Con fecha 9 de abril de 2010 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante, FTES) por el que denuncia la existencia de prácticas contrarias a la regulación vigente en dos promociones de Telefónica de España, S.A.U. y solicita que se paralicen cautelarmente.”

Este es el mismo escrito mencionado en la página 6 del recurso de ORANGE con el número 5.

Con relación al procedimiento AEM 2010/1694, terminado por Resolución del Consejo de 4 de noviembre de 2010, también en su acuerdo de inicio de 13 de octubre de 2010 se indica que:

²⁷ JUR 2007\52343.

²⁸ Véanse a este respecto, la STC 331/2006, de 20 de noviembre y las SSTs de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005\388) y de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\7805).



“Con fechas 30 de julio y 3 de agosto de 2010 tuvieron entrada en el registro de esta Comisión dos escritos de France Telecom España, S.A. (en adelante, FTES) por los que denuncia la existencia de prácticas contrarias a la regulación vigente en determinadas promociones de Telefónica de España, S.A.U. y solicita su paralización. Asimismo, los escritos de FTES consideran anticompetitivas otras prácticas comerciales de TESAU y proponen a la CMT determinadas medidas al respecto.”

Los escritos que dan lugar a la incoación del procedimiento AEM 2010/1694 son los citados en las páginas 6 a 7 del recurso de ORANGE e identificados con los números 6 y 7.

QUINTO.- Sobre la presunta infracción de los artículos 79 y 84 LRJPAC.

En la página 12 de su recurso ORANGE alega la posible infracción de los artículos 79 y 84 LRJPAC, al no satisfacer presuntamente el trámite de audiencia, iniciado mediante escrito de 10 de julio de 2009, los requisitos contenidos en dichos preceptos. En concreto, la recurrente alega lo siguiente:

“ha prescindido de la comunicación a mi representada de la posterior instrucción del procedimiento mediante la recopilación de datos a través de un requerimiento de información que no sólo ha sido básico y fundamental para la toma de la decisión final, sino también la única base de razonamiento de esta Comisión para el archivo de la denuncia y sobre el que esta parte no ha podido realizar alegaciones.”

Como se indica en la STS de 26 de septiembre de 2005²⁹, el trámite de audiencia del interesado está estrechamente relacionado con el derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución³⁰.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999³¹ y de 22 de septiembre de 2004³².

El procedimiento que dio lugar al acto impugnado en el presente recurso no es de naturaleza sancionadora, como se desprende de la lectura del acuerdo de inicio del mismo del día 16 de enero de 2009.

²⁹ RJ 2005\8613.

³⁰ “En la medida en que su sentido no es otro que el de facilitar al interesado su defensa ante la propia Administración [Sentencias de 14 de diciembre de 2004 (casación 4188/1999 [RJ 2005, 39]) y 21 de mayo de 2002 (casación 5610/1996 [RJ 2002, 5082])] sin tener que acudir al proceso judicial, es claro que no sólo ha de ser especialmente asegurada en el ámbito del Derecho sancionador, sino también en aquellos supuestos en que la actuación administrativa comporte una restricción de los derechos de los particulares de intensidad equiparable a la causada por las sanciones. En tales casos, la audiencia previa se convierte en un trámite esencial cuya omisión, en tanto significa la materialización de la indefensión rechazada por la Constitución, debe comportar la nulidad del acto afectado. “

³¹ RJ 2000\3200.

³² RJ 2004\6286.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, en los apartados Segundo y Tercero del acuerdo de inicio se señala que el procedimiento AEM 2009/23 no se abre con base a la potestad sancionadora de esta Comisión prevista en el artículo 48.3.j) LGTel³³ sino que la habilitación para intervenir de esta Comisión se fundamenta en el artículo 48.3.e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que corresponde a esta Comisión adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta.

Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que la entidad recurrente alegue una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, o bien en sede de recurso administrativo o jurisdiccional, no cabe invocar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTs de 21 de junio de 2005³⁴ y de 20 de mayo de 2002³⁵. En la segunda sentencia mencionada se declara que el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del iter administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso judicial:

“se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”

Y en el supuesto que nos ocupa, ORANGE también ha dispuesto en esta sede, de la posibilidad de efectuar las alegaciones que ha estimado pertinentes con carácter complementario o adicional a las ya realizadas en el procedimiento AEM 2009/23.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso potestativo de reposición interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA SA contra la Resolución de esta Comisión de 14 de abril de 2011 (AEM 2009/23) por la que se acuerda declarar concluso el procedimiento incoado en relación con la denuncia presentada por la entidad recurrente sobre la política de promociones de Telefónica de España SAU.

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 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 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.

³³ Y tras la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se halla regulada dicha potestad en el artículo 48.4.j) LGtel.

³⁴ RJ 2005\5033.

³⁵ RJ 2002\6217.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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