



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 num. 01/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de enero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS CONTRA EL ESCRITO DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE FECHA 24 DE JULIO DE 2007, POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA PRESENTADA POR AQUÉLLA POR LA SUBIDA DE LA CUOTA DE ESTABLECIMIENTO DE LLAMADA POR PARTE DE LOS OPERADORES MÓVILES (AJ 2007/990)

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (en adelante, AUSBANC) contra el escrito del Secretario del Consejo de fecha 24 de julio de 2007 por el que se acordó:

- Archivar la denuncia presentada por AUSBANC, por cuanto las cuestiones planteadas por la Asociación, en relación con los posibles efectos sobre la competencia de las modificaciones tarifarias anunciadas por los operadores de telefonía móvil, estaban siendo objeto de investigación por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- Desestimar la solicitud de definir y analizar el mercado de telefonía móvil con su consecuente imposición de obligaciones a aquellos operadores que se declararan con PSM, no adoptando la medida urgente de dejar sin efecto la subida en la cuota por establecimiento de llamada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 01/2008 del día 10 de enero de 2008, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Modificación de las tarifas minoristas por los operadores móviles.

Con fecha 30 de diciembre de 2006, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E. núm. 312) la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, Ley 44/2006), que añade –en el apartado catorce de su artículo 1- una nueva cláusula 7 bis a las establecidas en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (las denominadas cláusula abusivas)¹.

Dicha cláusula establece:

“Tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: (...) 7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.”

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 44/2006, *“los contratos con los consumidores deberán adaptarse a modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho”.*

¹ Con fecha 30 de noviembre de 2007, se publicó en el B.O.E. num. 287 el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En el Título II del Libro II de dicho texto, regula las condiciones generales y las cláusulas abusivas, en concreto, esta cláusula abusiva incorporada en la Ley 44/2006, se recoge en el artículo 87.5 del nuevo texto refundido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 44/2006, las entidades FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. y VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, los operadores de telefonía móvil) procedieron a comunicar la modificación de la estructura tarifaria aplicable en los contratos con sus abonados de manera que para la gran mayoría de sus tarifas el precio por establecimiento de llamada fue incrementado de 0.12€ a 0.15€.

SEGUNDO.- Apertura de un período de información previa.

Con el objeto de valorar el efecto que la anunciada modificación de las tarifas móviles minoristas podría tener en el mercado, con fecha 5 de febrero de 2007 la Comisión procedió a abrir un período de información previa (AEM 2007/107).

En el marco de dichas informaciones previas, la Comisión dirigió sendos requerimientos de información a los tres operadores de comunicaciones móviles. Estos requerimientos de información fueron contestados en fechas 26 de febrero (VODAFONE) y 27 de febrero (TME Y ORANGE) de 2007.

TERCERO.- Apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional de Competencia.

Ante la similitud de las anunciadas subidas de tarifas y la sucesión en el tiempo de las mismas, el día 31 de enero de 2007 la Dirección General de Defensa de la Competencia inició un trámite, denominado *de información reservada*, con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la apertura de un expediente sancionador, por infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley de Defensa de la Competencia).

A la luz de las conclusiones alcanzadas en el seno de esa *información reservada*, con fecha 9 de octubre de 2007 la Comisión Nacional de Competencia acordó abrir expediente sancionador contra aquellas tres operadoras por haber encontrado indicios de la posible comisión de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que *“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...)”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO - Escrito presentado por AUSBANC donde se denuncian prácticas anticompetitivas de los operadores móviles con PSM y se solicita a esta Comisión su intervención en el mercado minorista de telefonía móvil.

El día 8 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de AUSBANC donde solicitaba la intervención de la Comisión ante la modificación tarifaria practicada por ORANGE, TME y VODAFONE. En concreto solicitaba a esta Comisión que:

1º. Dejara sin efecto la subida tarifaria acordada por TME, FTES y VODAFONE.

2º. Definiera y analizara un mercado minorista de comunicaciones móviles y, consecuentemente, declarara a los operadores con PSM y se les impusieran obligaciones, entre ellas, la obligación de control de precios.

3º. Sancionara a los tres operadores denunciados por infracción de los derechos de los usuarios a un mercado competitivo y con precios adecuados, en virtud de los apartados a) y e) del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y del apartado f) del artículo 17 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, Reglamento del Servicio Universal).

QUINTO.- Acumulación del expediente de la denuncia presentada por AUSBANC al período de información previa AEM 2007/107.

Debido a la identidad sustancial e íntima conexión del escrito presentado por AUSBANC con el expediente de información previa iniciado de oficio por esta Comisión, se acordó acumularlos y tramitarlos en el marco del expediente de información previa (AEM 2007/107) mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 19 de marzo de 2007, y de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Fin del período de información previa abierto como consecuencia de la denuncia presentada por AUSBANC.

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007 (notificado a AUSBANC el día 1 de agosto de 2007), se acordó lo siguiente:

- Archivar la denuncia presentada por AUSBANC, por cuanto las cuestiones planteadas por la Asociación, en relación con los posibles efectos sobre la competencia de las modificaciones tarifarias anunciadas por los operadores de telefonía móvil, estaban siendo objeto de investigación por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- Desestimar la solicitud de definir y analizar el mercado de telefonía móvil con su consecuente imposición de obligaciones a aquellos operadores que se declararan con PSM, no adoptando la medida urgente de dejar sin efecto la subida en la cuota por establecimiento de llamada.

Concretamente, el escrito del Secretario se pronunciaba en los términos siguientes:

“En relación con las cuestiones planteadas por Ausbanc Consumo, relativas a los posibles efectos sobre la competencia de las modificaciones tarifarias anunciadas por los operadores de telefonía móvil, las mismas están siendo objeto de investigación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, conforme a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En atención a lo anterior, cabe proceder al archivo por parte de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la denuncia presentada.

Ausbanc Consumo plantea adicionalmente la posible incoación por esta Comisión del procedimiento para acordar la designación de un mercado minorista de telefonía móvil, la declaración de los operadores con poder significativo de mercado, y la imposición de las obligaciones regulatorias que correspondan. A este respecto, procede señalar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha culminado el proceso de definición y análisis de los mercados susceptibles de regulación ex ante, sin que se haya considerado pertinente la intervención ex ante en el mercado final de telefonía móvil.

Por otra parte, el artículo 3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, dispone que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años y, en todo caso, tras la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación “ex ante”, un análisis de los mercados de referencia a los que se refiere el artículo 2”. Procedimiento de revisión que por tanto se inicia de oficio por esta Comisión, y que se incoará, llegado el caso, en su momento.”

SÉPTIMO.- Interposición de recurso potestativo de reposición por parte de AUSBANC contra el escrito del Secretario de la Comisión citado anteriormente.

El día 4 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado por el Presidente de AUSBANC en virtud del cual interponía recurso de reposición contra el escrito del Secretario de la Comisión por el que se acordaba cerrar el periodo de información previa y archivar la denuncia presentada por AUSBANC, con fundamento en los siguientes motivos:

1º.- Falta de habilitación competencial del Secretario de la Comisión para poner fin a un período de información previa.

Entiende la recurrente que por el mero hecho de haber presentado una denuncia, se ha dado inicio a un procedimiento administrativo. De este modo, el escrito dictado por el Secretario acordando cerrar la información previa, archivar la denuncia presentada por AUSBANC y no proceder a la definición del mercado minorista de telefonía móvil, supone la resolución de un procedimiento.

Consecuentemente, entiende AUSBANC que la competencia para poner fin a un procedimiento administrativo por medio de resolución, es exclusiva del Consejo de la Comisión, competencia que no se haya incluida en el Acuerdo del Consejo de 18 de diciembre de 1997, por el que se aprobaba una serie de delegaciones de competencias.

2º.- Inexistencia de competencia efectiva en el mercado minorista de la telefonía móvil.

Alega AUSBANC que este Organismo es competente para determinar que la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles en España es constitutiva de un acuerdo colusorio prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AUSBANC añade que la Comisión tiene plenas competencias para definir y analizar el mercado minorista de telefonía móvil y, consecuentemente, establecer un control de precios *ex ante*.

La recurrente entiende que no existe competencia efectiva en el mercado de telefonía móvil minorista y, por ende, que esta Comisión debe actuar en consecuencia para regular la defensa de los usuarios españoles e incentivar la competencia efectiva en el sector.

3º.- Infracción de los derechos de los usuarios a que el mercado se desarrolle en un entorno competitivo y con precios adecuados, en virtud de los apartados a) y e) del artículo 3 de la LGTel y del apartado f) del artículo 17 del Reglamento del Servicio Universal.

Entiende AUSBANC que los principales operadores de telefonía móvil han acordado de manera manifiestamente paralela, el aumento de la cuota de establecimiento de llamada, lo que pone de manifiesto la inobservancia por parte de aquéllos de las normas de defensa de los consumidores y usuarios.

Continúa alegando la recurrente que los operadores móviles debían haber incrementado el precio por segundo y no el del establecimiento de llamada o primer minuto si lo que querían era compensar los ingresos que dejarían de percibir al facturar por segundos, más aún teniendo en cuenta que en la última memoria de la Comisión, el promedio de duración de las llamadas realizadas es de 51 segundos, es decir, inferior al primer minuto por el que se cobra el establecimiento de llamada.

De esta manera, del cuerpo del escrito de la recurrente se desprende su solicitud de que se sancione a los operadores móviles como medida para garantizar los derechos e intereses de los usuarios, por entender que estos operadores están obstaculizando la consecución de un mercado en competencia, todo ello con objeto de proteger los intereses de los usuarios recogidos en el artículo 3, apartado e)² de la LGTel y conseguir el logro del objetivo establecido en el apartado a)³ del mismo artículo y el apartado f)⁴ del artículo 17 del Reglamento del Servicio Universal.

² e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de lo anterior, AUSBANC solicita:

- Que se decrete la nulidad de pleno derecho del escrito dictado por el Secretario de la Comisión en virtud del artículo 62.1 b) de la LRJPAC.
- Que se deje sin efecto la subida coordinada por los operadores móviles de la cuota de establecimiento de llamada tarifaria acordada, al ser constitutiva de una conducta colusoria sancionada por el artículo 1.1 de la Ley Defensa de la Competencia.
- Que se defina el mercado minorista de la telefonía móvil, designando a los operadores con PSM e, imponiendo, entre otras, la obligación de control de precios.
- Que se sancione a los operadores de telefonía móvil por infracción de los derechos de los usuarios a un mercado competitivo y con precios adecuados, en virtud de los apartados a) y e) del artículo 3 de la LGTel y del apartado f) del artículo 17 del Reglamento del Servicio Universal.

OCTAVO.- Comunicación de la apertura del procedimiento de recurso.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 20 de septiembre de 2007 (con fecha de salida del Registro el 25 de septiembre), se puso en conocimiento de AUSBANC la apertura del procedimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

³ a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.

⁴ f) Garantizar a los consumidores y los usuarios finales los derechos que como tales les corresponden, de acuerdo con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, con el reglamento y con el resto de normativa que la desarrolle y resulte de aplicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERA.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados (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.

Por tanto, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, procede calificar el escrito presentado por AUSBANC como recurso potestativo de reposición que se interpone contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007.

SEGUNDA.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC establece el requisito exigible de tener la condición de interesado para la interposición de un recurso potestativo de reposición.

A su vez, de conformidad con el artículo 31.2 de la LRJPAC, las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

Teniendo en cuenta que el período de información previa que finalizó con el escrito del Secretario impugnado tenía por objeto valorar el efecto que la anunciada modificación de las tarifas móviles minoristas podría tener en el mercado, que finalizó sin proceder a la apertura de un procedimiento administrativo y que AUSBANC actúa como asociación de intereses colectivos de los consumidores y usuarios de todo tipo de productos y servicios en general, debe reconocerse con carácter general a esta asociación el correspondiente interés para la interposición de recurso potestativo de reposición contra el escrito del Secretario de fecha 24 de julio de 2007.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe entenderse, no obstante, en relación con la decisión de no incoar procedimiento sancionador contra los tres operadores de telefonía móvil adoptada en el escrito del Secretario de la Comisión, que no se puede admitir con carácter general que los denunciantes ostenten en el procedimiento administrativo sancionador el concepto de interesado, de modo que únicamente cuando la resolución del mismo pudiera afectar a los intereses legítimos o directos del denunciante, éste pasaría a ostentar la condición de interesado.

En este sentido, es numerosa la jurisprudencia que establece que **la imposición de la sanción no constituye por sí misma la satisfacción de un interés**. La existencia de un **mero interés por la legalidad** es el criterio reiteradamente aplicado por la jurisprudencia **para negar la legitimación del denunciante** en los procesos sancionadores administrativos (con excepción de aquellos en que se reconoce la acción popular). De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10518): *"el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24. 1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y del art. 31 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante, (...)"* [el resaltado es añadido].

También los Tribunales se han pronunciado al respecto de la legitimación de las asociaciones representativas de los intereses generales de los usuarios en los procedimientos administrativos sancionadores, estableciendo que debe acreditarse el interés directo que la asociación obtendría con la imposición de la sanción. Puede señalarle lo dispuesto, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de marzo de 2000, en la que se establece lo siguiente:

"Como enseña la STS de 2 de julio de 1999, la clave para descubrir la presencia de un interés legítimo se halla en descubrir si la imposición de una sanción al presunto infractor puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen de su esfera, cuestión sobre la que no argumenta mínimamente el escrito de demanda, pese a que como se ha dicho corresponde a la parte recurrente la carga de alegar y probar la concurrencia de un interés legítimo cuando sea discutido.

En tales términos, no aprecia la Sala que concurra un interés legítimo manifiesto, toda vez que no lo es ni el mero interés por que se cumpla la legalidad, ni la satisfacción moral de la punición de conductas contrarias



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a las convicciones y fines de la asociación, pues de admitirlo así, todo denunciante sin más estaría legitimado para comparecer en el procedimiento sancionador, lo que como se ha visto es contrario a la doctrina jurisprudencial unánime y constante". (El subrayado es nuestro).

En el presente caso, AUSBANC no ha acreditado, sin embargo, cuál es, más allá de su interés en la imposición de una sanción a las operadoras de telefonía móvil por la supuesta infracción de los derechos de los usuarios, el interés directo que obtendría si se impusiera dicha sanción, por lo que no resulta procedente admitir la legitimación de aquélla para recurrir la decisión implícita en la resolución recurrida de no proceder a la apertura de un procedimiento sancionador.

Teniendo en cuenta todo lo dispuesto anteriormente, procede admitir la legitimación de AUSBANC para presentar recurso potestativo de reposición contra el escrito del Secretario de la Comisión por el que se ponía fin al período de información previa abierto con objeto de valorar los efectos que sobre el mercado minorista de la telefonía móvil tendría la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles, salvo en lo relativo a la decisión implícita de no acordar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por la supuesta infracción de los derechos de los consumidores y usuarios.

TERCERA.- Competencia para resolver.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la LRJPAC, los recursos potestativos de reposición deben ser resueltos por el órgano administrativo que hubiera dictado el acto objeto de impugnación.

En el presente caso, el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007 fue dictado en virtud de la Resolución de fecha 18 de diciembre de 1997 por la que el Consejo le delegaba la adopción de los actos de trámite, por lo que teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 13.1 de la LRJPAC, las resoluciones que se adopten por delegación se entenderán dictadas por el órgano delegante, corresponde en el presente caso al Consejo de la Comisión conocer del recurso potestativo de reposición interpuesto por AUSBANC contra aquel escrito.

CUARTA.- Admisión a trámite del recurso contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

En el presente caso, la pretensión de la recurrente de que se declare la nulidad de pleno derecho del escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007 se ejercita en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LRJPAC, por lo que cumple con el requisito mencionado en el párrafo anterior.

Asimismo, el artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Como se expondrá en los fundamentos de derecho de la presente Resolución (por tratarse de uno de los motivos de impugnación formulados por AUSBANC en su recurso) el escrito recurrido por AUSBANC tiene naturaleza de acto de trámite que decide el archivo de las actuaciones sin proceder a la apertura de un procedimiento administrativo, al entender la Jurisprudencia que en el caso de que un período de información previa se cierre sin acordar el inicio de un procedimiento administrativo, el acto que pone fin al mismo tiene la consideración de acto de trámite cualificado en los términos a los que se refiere el artículo 117.1 de la LRJPAC.

Por todo lo demás, habida cuenta de que el recurso potestativo de reposición presentado por AUSBANC 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 la admisión a trámite del recurso interpuesto por aquella contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007, salvo en lo relativo a la decisión de no incoar procedimiento administrativo sancionador.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- Sobre el motivo de impugnación relativo a la supuesta falta de habilitación competencial del Secretario de la Comisión para poner fin a un período de información previa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se alega por AUSBANC que el Secretario de la Comisión carece de competencia para poner fin al período de información previa abierto con el objeto de determinar los efectos que la subida de la cuota de establecimiento de llamada por los operadores originaba en el mercado, añadiendo que aquélla correspondería en todo caso al Consejo de la Comisión.

a. Naturaleza jurídica del escrito del Secretario de la Comisión.

Para dar contestación a tal motivo de impugnación, debe aclararse cuál es la naturaleza del acto administrativo objeto de impugnación.

A falta de una regulación expresa en la normativa sectorial de telecomunicaciones en relación con las informaciones previas, debe partirse de la disposición general contemplada en el artículo 69 de la LRJPAC relativo a los procedimientos iniciados de oficio, en cuyo apartado segundo se establece en relación con los mismos lo siguiente:

“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

Se contempla, por tanto, en la LRJPAC, la posibilidad de que con carácter previo a la iniciación de cualquier procedimiento administrativo de oficio –no sólo el procedimiento sancionador- se acuerde la apertura de un período de información previa.

Dada la escasa regulación existente sobre el período de información previa, no se distingue *a priori* cuál es la naturaleza del mismo y si el acto que les pone fin tiene la consideración de acto resolutorio o de trámite. De los términos literales del artículo 69.2 de la LRJPAC parece únicamente desprenderse que se trata de un “período” y no propiamente de un procedimiento administrativo, siendo precisamente su objeto decidir sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura del mismo.

Debe a tal efecto estarse a lo dispuesto por la Jurisprudencia recaída en relación con dicho instrumento, debiendo destacarse lo señalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 (RJ 2006/1668) en relación con un período de información previa abierto en la Comisión:

“...Pues bien, no puede entenderse que la resolución de 11 de mayo de 2001 de la CMT abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención". [El subrayado es nuestro].

Se pronunciaba en los mismos términos la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 1983 (RJ 1983/4030).

Además de haberse afirmado expresamente por la Jurisprudencia, las razones que confirman que el período de información previa no constituye un procedimiento administrativo, son:

- La inexistencia de la obligación de comunicar la apertura del período de información previa, tal y como se desprende de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983 mencionada anteriormente.

Durante el período de información previa a un procedimiento sancionador computa el plazo de prescripción de la presunta infracción (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985 -RJ 1985/502).

Durante el período de información previa no computa el plazo de caducidad del procedimiento de oficio (véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2002).

De igual modo se pronunciaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 enunciada anteriormente.

- No es necesario dar audiencia al denunciado durante el período de información previa (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 1992 -RJ 1992/7748-).
- No ha de prejuzgarse el fondo del asunto (el contenido de los hechos denunciados ha de ser investigado en el procedimiento) (véanse las Sentencias de fecha 17 de diciembre de 1997 -RJ 1997/8814- y 17 de mayo de 1999 -RJ 1999-4880-).
- No se puede aprobar una Resolución sancionadora poniendo fin a un período de información previa, sin iniciar el procedimiento sancionador (véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de febrero de 1999 -RJCA 1999/2050-).

Dicho lo anterior, se plantea cuál es el carácter de los actos que ponen fin a un período de información previa, es decir, si aun no teniendo tal período la consideración de procedimiento administrativo, debería entenderse que aquéllos son actos administrativos y, en tal caso, si serían resolutorios o de trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de que durante el período de información previa, con independencia de su falta de consideración como procedimiento administrativo, se adopten actos de trámite, pues como se señala en la Sentencia de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006/1004):

“Es necesario tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo o bien en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse.”

En línea con lo anterior, se ha reconocido que el acto por el que se acuerda iniciar un período de información previa tiene también la consideración de acto de trámite, pudiendo citarse el Auto del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 1998 en el que se establecía lo siguiente:

*“...la jurisprudencia reiterada de esta Sala considera como **actos de trámite no susceptibles de ser impugnados en vía contencioso-administrativa aquéllos mediante los que se acuerda la iniciación de los expedientes sancionadores o disciplinarios y apertura de información previa, así como las propuestas de resolución, pliego de cargos o acuerdos sobre audiencia al sancionado o expedientado (...)** Se exceptúa el supuesto en el que en el **acuerdo de incoación del expediente se adopta alguna medida que afecta de manera inmediata a los derechos de la persona afectada (como ocurre con las medidas cautelares de suspensión)**”.*

Por lo que se refiere a los actos por los que se pone fin a un período de información previa, se distingue en función de si se acuerda el sobreseimiento o si, por el contrario, se acuerda iniciar el procedimiento.

En Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 1998 (RJ 1998/4624) se establece que el acto que pone fin a unas diligencias preliminares sólo tiene carácter definitivo haciendo imposible su continuación cuando acuerda el sobreseimiento pero no cuando resuelve iniciar procedimiento.

Se considera, por tanto, que el cierre de un período de información previa, aun dado su carácter definitivo (por impedir que se inicie el procedimiento administrativo) tendría la consideración de acto de trámite y que, cuando, además, no concluyera con el acuerdo de inicio del correspondiente procedimiento administrativo, tendría la condición de cualificado por cuanto se daría en él una de las condiciones previstas en el artículo 107.1 de la LRJPAC, al imposibilitar la continuación –más bien, el inicio- del procedimiento administrativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

b. Sobre la competencia del Secretario para poner fin al período de información previa.

En relación con el órgano competente para poner fin al período de información previa, *a priori* debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LGTel, que establece que corresponde al Consejo el ejercicio de todas las competencias y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Por su parte, el artículo 12.1 de la LRJPAC establece que *“La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”*.

Sin embargo, el artículo 13 de la misma Ley reconoce la posibilidad de que un órgano administrativo delegue el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas en otro órgano de la misma Administración, al señalar que *“Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas”*.

Teniendo en cuenta que el artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones establece en su apartado primero que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirá, entre otras normas, por la LRJPAC, le son de aplicación, por tanto, las disposiciones que sobre la competencia aparecen previstas en dicha Ley y, concretamente, la relativa a la delegación.

Asimismo, la Orden de 9 de abril de 1997 por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión reconoce expresamente en el artículo 4.3 que el Consejo podrá delegar en el Presidente y en otros órganos de la Comisión el ejercicio de sus competencias, salvo en lo relativo a la función de arbitraje y a la potestad de dictar instrucciones que, según el artículo 3.2, en ningún caso podrán ser objeto de delegación. Del mismo modo, el artículo 7.1.d) del Reglamento de Régimen Interior atribuye al Secretario de esta Comisión las atribuciones que expresamente le deleguen el Consejo, el Presidente o el Vicepresidente de la Comisión.

En ejercicio de dicha posibilidad de delegación, mediante Resolución del Consejo de fecha 18 de diciembre de 1997⁵, se aprobaron una serie de delegaciones de competencias, entre las que se encuentra la de *“delegar en el*

⁵ Modificada por la Resolución del Consejo de fecha 22 de junio de 2006 (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la **adopción de los actos de instrucción o trámite, cualificados o no**, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior, con excepción de los actos en que se adopten medidas cautelares y las resoluciones por las que se de por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá, en cualquier caso, al Consejo de las Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

Desde la fecha de aprobación de aquella Resolución, los actos de trámite que debieran adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en el seno de la Comisión deben aprobarse, salvo avocación expresa del Consejo o, en su caso, revocación, por el Secretario de la Comisión.

Ello supone que, en la medida en que el acto por el que se pone fin a un período de información previa tiene la consideración de acto de trámite, entra dentro del ámbito de la citada delegación.

Cabe, por tanto, desestimar la invocada concurrencia en el escrito del Secretario de la Comisión de la causa de nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC.

Segundo.- Sobre el motivo de impugnación relativo a la inexistencia de competencia efectiva en el mercado minorista de telefonía móvil.

a. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para conocer de la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia.

Alega AUSBANC que este Organismo es competente para determinar que la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles en España es constitutiva de un acuerdo colusorio prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

No cabe sino señalar que la recurrente no hace una interpretación correcta ni de la normativa de competencia ni tampoco de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas, en relación con las competencias que en ambas se atribuyen, respectivamente, a los órganos generales de defensa de la competencia y a las autoridades sectoriales de telecomunicaciones.

Resulta conveniente para dar contestación al motivo invocado por AUSBANC, delimitar someramente las competencias que se atribuyen por la normativa correspondiente a tales autoridades.

Comenzando por el marco normativo sectorial, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco) establece que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANRs), fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados.

Concretamente, señala el artículo 8.2 de la Directiva lo siguiente:

“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

- a) *velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;*
- b) *velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas;*
- c) *promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y*
- d) *promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración”.*

Y más allá de constituir un objetivo a perseguir por las ANRs, la Directiva Marco señala (artículo 15.3) que en su función de definir los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales y, en particular, los mercados geográficos dentro de su territorio, las ANRs tendrán que seguir los principios del Derecho de la competencia, teniendo en cuenta, a su vez, la Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios⁶ y las Directrices de análisis del mercado y evaluación de peso significativo en el mercado⁷.

En este sentido, señalan las Directrices en su apartado 1.1.5 que *“...las ANR sólo intervendrán para imponer obligaciones a las empresas cuando se considere que en ellos no existe una competencia efectiva por hallarse dichas empresas en posición dominante o equivalente en el sentido del artículo 82 del Tratado CE. El concepto de posición dominante ha sido definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como la situación de poder económico de*

⁶ El día 13 de noviembre de 2007 fue aprobada la Recomendación de la Comisión relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Esta Recomendación viene a sustituir a la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003.

⁷ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que goza una empresa que le permite actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, de los consumidores. Por consiguiente, en el nuevo marco regulador, al contrario que en el de 1998, la Comisión y las ANR aplicarán los principios y metodologías de la legislación sobre competencia para definir los mercados que pueden ser regulados ex ante y evaluar si las empresas tienen peso significativo (PSM) en dichos mercados”.

Asimismo, en su apartado 1.2.20, las Directrices establecen que *“En su análisis del mercado con arreglo al artículo 16 de la Directiva Marco, las ANR llevarán a cabo una evaluación estructural y prospectiva del mercado pertinente, basándose en las condiciones de mercado existentes. Las ANR determinarán si el mercado es prospectivamente competitivo y si, en consecuencia, la eventual ausencia de competencia efectiva tiene carácter duradero, teniendo en cuenta la evolución esperada o previsible del mercado a lo largo de un período razonable. El período elegido deberá reflejar las características particulares del mercado y la fecha prevista para la próxima revisión por la ANR del mercado pertinente...*”.

Y más específico resulta el apartado 1.3 de las Directrices que regula las relaciones con la legislación sobre competencia, en el que se establece lo siguiente:

“Con arreglo al marco regulador, la definición de los mercados y la evaluación del PSM se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia. Por consiguiente, la definición del ámbito geográfico de los mercados incluidos en la Recomendación, la definición, cuando proceda, de mercados de productos o servicios pertinentes al margen de la Recomendación y la evaluación de la existencia de competencia efectiva por las ANR deben ser coherentes con la jurisprudencia y la práctica en materia de competencia”.

Por tanto, de acuerdo con las Directrices de la Comisión, la definición de los mercados, la determinación de los operadores con PSM y la adopción de medidas se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia, debiendo ser coherentes, además, las ANRs con la jurisprudencia y prácticas en materia de defensa de la competencia.

De igual modo, la Recomendación ha delimitado los mercados que podrían ser objeto de regulación *ex ante* de acuerdo con los principios de la legislación de competencia, previendo los tres criterios que deben tenerse en cuenta no sólo en la identificación de los mercados objeto de regulación *ex ante*, sino también en la revisión periódica de los mercados identificados en la Recomendación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concretamente, en el considerando 9 de la Recomendación anterior de 11 de febrero de 2003 y en el considerando 5 de la actual se establece que son tres los criterios a tener en cuenta al identificar los mercados:

- Que existan obstáculos a la entrada considerables y no transitorios, sean de carácter estructural, legal o reglamentario.
- Que se trate de mercados cuya estructura no tienda hacia una competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente.
- Que la mera aplicación de la legislación sobre competencia no permita hacer frente de manera adecuada a los fallos del mercado en cuestión.

En consecuencia, se prevé que, a efectos de determinar si un mercado se desarrolla en un entorno competitivo, las ANRs tendrán en cuenta en la definición y análisis de los mercados, los principios y metodologías del mismo.

Por lo que se refiere a la legislación nacional, la misma ha evolucionado de acuerdo con la normativa comunitaria.

Así, la LGTel, que vino a trasponer las Directivas del año 2002, señala en su artículo 48.2 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *“tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

El artículo 48.3 e) de la LGTel establece que la Comisión tiene competencia para 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 red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios, concretando que a tal efecto, tiene, entre otras, la función de poner *“en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia⁸ los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”*.

⁸ De conformidad con la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Defensa de la Competencia, las referencias de la normativa vigente al Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán hechas a la Comisión Nacional de Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con lo anterior, debe concluirse, por tanto, que únicamente en la definición y análisis de los mercados así como en la declaración de los operadores con PSM y en la consecuente imposición de obligaciones, la Comisión aplicará los principios y metodologías del Derecho de la Competencia y que, por lo demás, en el caso de que detecte que determinados comportamientos de los operadores son contrarios a la normativa de competencia, lo pondrá en conocimiento de la autoridad de competencia.

Llegados a este punto, y en relación con las competencias de las autoridades de competencia, la Ley de Defensa de la Competencia prevé que corresponde a la Comisión Nacional de Competencia aplicar lo dispuesto en la Ley en materia de conductas restrictivas de la competencia, así como aplicar en España los artículos 81 y 82 del Tratado (artículo 24).

Entre las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia se encuentra la de todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (artículo 1.1.a). Y se atribuye a la Dirección de Investigación y al Consejo la instrucción y resolución, respectivamente, del procedimiento sancionador que se tramitará para sancionar aquellas conductas (artículos 49 a 54).

Corresponde, por tanto, a la Comisión Nacional de Competencia y no a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocer de las conductas que sean constitutivas de un acuerdo colusorio prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia, y así ha tenido lugar, como se ha señalado en los antecedentes de hecho, al iniciarse previamente por el Servicio de Defensa de la Competencia una información reservada y, posteriormente, por la Comisión Nacional de Competencia, un procedimiento sancionador.

Por tanto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, más allá de determinar qué operadores ostentan poder significativo de mercado y de imponer obligaciones a éstos, no pueden sancionar a los operadores por infringir la Ley de Defensa de la Competencia.

En este sentido, se ha manifestado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 17 de julio de 2007, que resuelve el recurso 529/04, en la que se establece lo siguiente:

“(…)la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de la necesaria cobertura competencial para la adopción de declaraciones que puedan referirse o pueden implicar delimitación o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apreciación de una modalidad de conducta subsumible como infracción relativa a la defensa de la libre competencia, que en modo alguno puede tener carácter vinculante, a cualquier nivel, para el único órgano competente para determinar cuando nos hallamos ante la presencia de un tipo de infracción previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, lo que determina necesariamente la estimación del recurso en el aspecto examinado. (El subrayado es nuestro).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones únicamente pudo haber intervenido, en su caso, poniendo en conocimiento de la Comisión Nacional de Competencia la subida de la cuota de establecimiento de llamada por los operadores móviles, sin que hubiera sido necesaria dicha comunicación al tratarse de un comportamiento hecho público por las operadoras y haberse procedido por aquélla el día 31 de enero de 2007 a la apertura de una información reservada y, posteriormente, a la apertura de un procedimiento sancionador para determinar si el aumento tarifario calificado por la recurrente como acuerdo colusorio era, efectivamente, contrario a la Ley de Defensa de la Competencia.

b. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para determinar si el mercado minorista de telefonía móvil es anticompetitivo y para la imposición de medidas ex ante de control de precios en dicho mercado.

El artículo 10 de la LGTel atribuye a la Comisión la competencia relativa al análisis y la definición de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Tanto la LGTel como el Reglamento de Mercados establecen que la Comisión llevará a cabo un análisis individual de los mercados, con la finalidad de determinar si cada mercado, en un cierto horizonte temporal, es realmente competitivo, esto es, si se desarrolla en un entorno de competencia efectiva entendiendo por tal la ausencia de empresas con peso significativo en el mercado. Si la Comisión llega a la conclusión de que alguno de los mercados definidos no es realmente competitivo, esto es, si concluye que en dicho mercado hay uno o más operadores con PSM, deberá identificar y hacer públicos el operador u operadores que tengan tal posición para, finalmente, imponer, mantener o modificar obligaciones específicas a los operadores designados como operadores con PSM. En este sentido, el Reglamento de mercados desarrolla en sus artículos 2 a 5 el procedimiento a seguir por la Comisión para la identificación y análisis de los mercados de referencia en la explotación de redes y en el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas, y delimita su facultad para imponer obligaciones específicas apropiadas a los operadores con PSM en cada mercado considerado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mercado minorista de telefonía móvil, no forma parte de los mercados susceptibles de regulación *ex ante*, tanto en la Recomendación de 11 de febrero de 2003 de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, como en la nueva Recomendación⁹ de mercados relevantes, aprobada el día 13 de noviembre de 2007 por la Comisión. En esta última Recomendación, en la que la Comisión ha reducido la definición de 18 mercados relevantes susceptibles de ser regulados a 7, puede observarse que no se ha concluido que el mercado minorista de telefonía móvil se esté desarrollando en un entorno anticompetitivo ni requiera de una regulación *ex ante* para solucionar las deficiencias competitivas identificadas por la Comisión Europea.

Dado que se ha considerado que existe en el nivel minorista de telefonía móvil un mercado que se desarrolla en un entorno de competencia efectiva, los operadores móviles no están en la actualidad sometidos a obligaciones regulatorias específicas (obligaciones *ex ante*), incluyendo posibles obligaciones en materia de control de precios.

Como se señala en el escrito dictado por el Secretario del Consejo, el artículo 3 del Reglamento de Mercados dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo, como mínimo cada dos años y, en todo caso, tras la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación “ex ante”, un análisis de los mercados de referencia a los que se refiere el artículo 2”*.

Este procedimiento de revisión se inicia, por tanto, de oficio por la Comisión, sin que una petición concreta de revisión resulte vinculante a efectos de iniciar el procedimiento correspondiente.

Al margen de lo anterior, resulta cierto que la Directiva Marco prevé en su artículo 15.3 que las ANRs definirán y analizarán, de acuerdo con las circunstancias particulares de los mercados geográficos dentro de su territorio, mercados distintos a los que figuran en la Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, como podría ser el mercado minorista de telefonía móvil. De esta manera, los mercados no considerados anticompetitivos por la Comisión Europea, no podrían, salvo excepcionalidad bien acreditada por las correspondientes Autoridades nacionales, ser objeto de tal imposición.

⁹Ver:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/proposals/rec_markets_en.pdf



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, como ya hemos expuesto anteriormente, la Comisión Europea ha considerado - excluyéndolo de la Recomendación y, por tanto, clasificándolo entre los no susceptibles de intervención en precios- el mercado final de servicios de comunicaciones móviles y como se ha expuesto en el apartado a) anterior, no han concurrido en el presente caso razones de excepcionalidad para imponer obligaciones en un mercado no definido y analizado.

Por otra parte, en línea con el artículo 10.4 de la LGTel, el artículo 18 del Reglamento de Mercados prevé que para la imposición de obligaciones en los mercados minoristas, habrá de haberse concluido que con las obligaciones impuestas en los mercados mayoristas no se están consiguiendo los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. En ese caso, la Comisión impondría las obligaciones pertinentes a aquellos operadores declarados con PSM para la provisión de servicios al por menor. En esta línea, en relación con las comunicaciones móviles, esta Comisión sólo ha definido, analizado e impuesto obligaciones en los mercados mayoristas de orignación y terminación en redes móviles correspondientes con los mercados 15 y 16¹⁰. Resulta pertinente añadir, además, que en la Resolución en la que se definió y analizó el mercado de acceso y orignación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, esto es, el mercado 15, se describió debidamente la situación del mercado minorista final de telefonía móvil llegando a la conclusión de que es un mercado que se desenvuelve en un entorno de competencia efectiva. La recurrente pudo también haber efectuado alegaciones en el período de consulta pública que tuvo lugar durante la tramitación de los expedientes de definición de aquellos mercados, sin que, sin embargo, conste que las hubiera realizado.

Y por último, por lo que se refiere a la solicitud de AUSBANC consistente en que se deje sin efecto la subida coordinada por los operadores móviles de la cuota de establecimiento de llamada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Directiva Marco al constituir una conducta colusoria sancionada por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, debe señalarse que en ningún caso la posibilidad de adoptar una medida o de imponer una obligación sin esperar a notificar el proyecto de medida a la Comisión Europea se refiere a la apreciación por las ANRs de que las medidas o las obligaciones puedan imponerse en caso de considerar que la conducta de un operador pueda ser

¹⁰ Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y orignación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas. Publicado en el B.O.E. num. 35 de 2006.

Resolución de 23 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. Publicado en el B.O.E. num. 57 de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contraria a la Ley de Defensa de la Competencia o a los artículos 81 y 82 del Tratado.

En caso de valorarse dicho comportamiento anticompetitivo, como hemos dicho, es la Comisión Nacional de Competencia la que está facultada para la iniciación de un procedimiento sancionador y la adopción, en caso de considerarlo necesario, de las medidas pertinentes de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva Marco resulta de aplicación solo en aquellos casos en los que durante el procedimiento de definición y análisis del mercado se constatan razones de urgencia por la ANR que hacen aconsejable la imposición de obligaciones con carácter previo a la notificación del proyecto de medida a la Comisión Europea. Habiéndose señalado, de acuerdo con la normativa sectorial que resulta de aplicación, que el mercado minorista de telefonía móvil se desarrolla en un entorno de competencia efectiva, el mencionado precepto no resulta de aplicación en el presente caso.

Procede, por tanto, desestimar la solicitud de “dejar sin efectos” la subida tarifaria en los contratos con sus abonados por parte de los operadores de telefonía móvil, de conformidad con lo dispuesto en aquel artículo.

c. Sobre la adecuación de la estructura tarifaria al principio de orientación de los precios minoristas a costes.

La orientación de los precios a costes (tanto mayoristas como minoristas) es una obligación susceptible de ser impuesta por esta Comisión a aquellos operadores declarados con PSM en un mercado que previamente se ha calificado como anticompetitivo y en el que las normas de competencia no son suficientes para disciplinar el mismo.

En el artículo 13 de la LGTel se establecen una serie de obligaciones que se podrán imponer a aquellos operadores con PSM en los mercados de referencia. Entre estas obligaciones se encuentra en su apartado e) la obligación de *“Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.”* Asimismo, el artículo 19 del Reglamento de Mercados contempla en las posibles obligaciones a imponer a los operadores declarados con PSM en los mercados minoristas, obligaciones sobre control de precios.

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, únicamente cuando el mercado minorista de la telefonía móvil se hubiese definido como un mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anticompetitivo, declarando a los operadores con PSM, podrían imponerse obligaciones *ex ante* a los agentes que actúan en el mismo.

No habiéndose considerado, en el presente caso, que el mercado minorista de la telefonía móvil es anticompetitivo, no puede imponerse, por tanto, en el mismo a los operadores móviles ninguna de las obligaciones establecidas en los artículos 13 y 19 de la LGTel y del Reglamento de Mercados, respectivamente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS, contra la decisión de no proceder a la apertura de un procedimiento sancionador contenida en la Carta del Secretario de la Comisión de 24 de julio de 2007.

SEGUNDO.- Desestimar en todo lo demás el recurso potestativo de reposición interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS contra la Carta del Secretario de la Comisión de 24 de julio de 2007.

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 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu