



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DENIEGA LA SUSPENSIÓN SOLICITADA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 28 DE JULIO DE 2005, POR EL QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA PARA ACLARAR LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO TELEFÓNICO MEDIANTE LA OFERTA “MASTERBONO PROVEEDORES” POR PARTE DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, (en adelante TELEFÓNICA) contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de marzo de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 31/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 de septiembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1270

HECHOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO. En fecha 28 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó un acuerdo en virtud del cual se puso fin al *trámite de información previa abierto para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta “Masterbono Proveedores” por parte de Telefónica de España, S.A.U.*, al tiempo que se iniciaba el correspondiente procedimiento administrativo con el fin de determinar la concurrencia o no de un comportamiento anticompetitivo por parte de Telefónica de España, S.A.U. consistente en una aplicación discriminatoria de las condiciones de precios a favor de sus Agentes-Distribuidores. En los resuelve segundo y tercero de dicha Resolución se acordó lo siguiente:

“Segundo.- Telefónica de España, S.A.U. deberá aplicar a sus Agentes Distribuidores o a cualquier otro cliente mayorista los precios regulados según especifica la normativa vigente y, en su caso, los porcentajes de descuento del plan Masterbono Proveedores, de tal forma que a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución los precios medios efectivos que Telefónica cobre a sus Agentes Distribuidores sean los especificados en el Anexo I.

Tercero.- En el plazo de veinte días naturales a contar desde la notificación de la presente Resolución, Telefónica de España, S.A.U. deberá haber retirado de los canales de comercialización y distribución las tarjetas todavía no entregadas a los clientes finales que contengan minutos de tráfico no ajustados a los precios regulados y, en especial, a los precios medios efectivos señalados en el Anexo I.”

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2005, con entrada el mismo día en el Registro de esta Comisión, TELEFÓNICA interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

La recurrente muestra su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Imposibilidad para retirar del mercado unas tarjetas que no son de TELEFÓNICA, lo cual determina la nulidad de pleno derecho del resuelve tercero al tratarse de un acto de contenido imposible –artículo 62.1 c) de la Ley 30/1992-.

Al respecto la citada entidad expone que *“la medida impuesta es de imposible cumplimiento ya que de existir en el mercado tarjetas que no cumplen los parámetros indicados por la CMT en el resuelve segundo no son de Telefónica de España. (...). La actividad de mi representada en este ámbito se limita a la reventa de minutos que sus clientes, agentes distribuidores, compran y ponen en el mercado por medio de tarjetas*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que ellos mismos elaboran y emiten (...). No son por tanto tarjetas de mi representada sino de terceras entidades ajenas, que no están sometidas a su control.

Es imposible por ello que Telefónica de España lleve a efecto la medida ordenada, esto es, retirar del mercado unas tarjetas que no son suyas sino de terceros (...)

- Nulidad de pleno derecho del Anexo I por ser erróneos los precios de la columna relativa a cabinas para las llamadas a números 900, contraviniendo resoluciones anteriores de la CMT –artículo 62.2 de la Ley 30/1992-.

“(...) a partir del día siguiente de la notificación de la presente Resolución los precios medios efectivos que debe cobrar Telefónica de España a los Agentes distribuidores son los del Anexo I de la Resolución, anexo que contiene errores significativos en la columna de los precios de cabinas, así como algunos errores puntuales en el resto de columnas de determinados destinos (...)”

“(...) se han confundido los destinos Congo Rep. Dem y Congo Rep. Pop. por una lado y Corea, Rep. Y Corea, Rep. P. Dem. Por el otro, y consecuentemente tanto sus tarifas vigentes como la columna de “Precios efectivos”. “Por otra parte, la cuarta columna del Anexo I titulada “Precios efectivos cabinas 900” obedece a la aplicación de un recargo que no procede en el presente supuesto ya que supone la vulneración de anteriores Resoluciones de esa CMT”.

Asimismo, a través de dicho recurso TELEFÓNICA solicita la suspensión de la Resolución impugnada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la LRJPAC, pues de acuerdo con las consideraciones de la recurrente, dicha Resolución está viciada de nulidad por los motivos que en el mismo recurso se exponen.

En relación con lo anterior, TESAU considera que, tras la lectura del artículo 111 de la LRJPAC, además de las causas de nulidad radical expuestas en su escrito, para decidir si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada ha de efectuarse una previa ponderación, de un lado, de los intereses concurrentes públicos o de terceros y, de otro, del interés privado del recurrente en la suspensión. A su juicio, cuando las exigencias del interés público en la ejecución son tenues, o incluso nulos como en el presente caso, pueden bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios al interés privado de considerable entidad pueden determinar la suspensión del acto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, la solicitante fundamenta su pretensión suspensiva en la inexistencia de un interés público que demande la no suspensión del apartado concreto del acto administrativo recurrido sobre el que se solicita la suspensión dado que el objetivo que se persigue con las medidas cautelares impuestas se va a cumplir de todos modos y no se verá alterado con la suspensión. Es más, antes al contrario, el interés público parece demandar que la aplicación de los precios sea la correcta, y por tanto el interés público demandará corregir el error y por tanto suspender la ejecutividad del apartado erróneo del Anexo I, esto es la cuarta columna.

TERCERO. Mediante escritos de fecha 12 de septiembre de 2005, esta Comisión comunicó el inicio del procedimiento correspondiente a los interesados, conforme a lo previsto en los artículos 42.4 y 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el escrito presentado por TELEFÓNICA por el que se interpone recurso de reposición contra la resolución de esta Comisión referida en el antecedente de hecho primero, se viene a solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, a los efectos previstos en el artículo 111 de la LRJPAC. Dicho artículo establece las reglas para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, cuando éstos sean objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso potestativo de reposición presentado por TELEFÓNICA, en el que se solicita la suspensión del acto impugnado, se interpone contra el acto expresado, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitirlo a trámite. En consecuencia, también se admite a trámite la solicitud de suspensión planteada junto con el recurso.

SEGUNDO.- Competencia para resolver la solicitud de suspensión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 116.1 de la LRJPAC, los actos que ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, en este caso, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien competa resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de la resolución recurrida por TELEFÓNICA.

TERCERO.- Sobre la petición de suspensión de la resolución recurrida.

Conforme a lo expuesto en los Antecedentes de Hecho, TESAU solicita expresamente la suspensión de la ejecución de la Resolución por ella impugnada.

Según lo establecido en el artículo 111.1 de la LRJPAC, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano a quien competa resolver el recurso podrá, en virtud del artículo 111.2 de la LRJPAC, suspender la ejecución del acto impugnado, previa ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causaría al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, se señalan en el citado artículo dos circunstancias alternativas que deben concurrir para que sea posible la suspensión:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

Por consiguiente, en aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, esta Comisión ha de analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b) del artículo 111 de la LRJPAC. Y, en el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros, o el del interesado en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, en relación con el supuesto de hecho que nos ocupa, cabe señalar que TESAU ha invocado, la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por concurrir las causas señaladas anteriormente en los Antecedentes de Hecho. Sin embargo, sólo interesa la suspensión de la resolución recurrida al amparo de la segunda de las causas de nulidad que manifiesta, es decir, por ser erróneos los precios del Anexo I, en la columna relativa a cabinas para las llamadas a números 900, contraviniendo resoluciones anteriores de la CMT – artículo 62.2 de la Ley 30/1992

En consecuencia, esta Comisión pasa a realizar un análisis de este aspecto en atención a las alegaciones efectuadas por la recurrente.

Sobre la causa de nulidad radical alegada para instar la suspensión.

Con base en el artículo 62.2 de la LRJPAC, TELEFÓNICA pone de manifiesto la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada, por considerar que la aplicación de los precios contenidos en el Anexo I de la resolución recurrida supone la vulneración de resoluciones anteriores de esta Comisión, al contener dicho Anexo errores motivados por la incorrecta aplicación del recargo en cabinas.

Frente a ello, en primer lugar, no puede sino negarse la nulidad planteada al socaire del art. 62.2 LRJPAC, ya que la resolución recurrida no es una disposición general, única actividad administrativa a la que se le aplica la causa de nulidad del art. 62.2 citado.

En segundo lugar, ha de remitirse a la recurrente a la certificación de errores emitida por el Secretario de esta Comisión de fecha 12 de septiembre de 2005, en la que detectados determinados errores materiales en los datos contenidos en la tabla de precios del Anexo I de la Resolución recurrida (entre ellos el título de la cuarta columna), se procede a su corrección.

Teniendo en cuenta la referida corrección de errores materiales, no cabe sino insistir en que los precios contenidos en el Anexo I de la Resolución recurrida, tal y como se establece en el resuelve segundo de la misma, son aquellos resultantes de la aplicación de la normativa y disposiciones vigentes en el momento de la aprobación de la resolución impugnada, siendo, por tanto, de obligado cumplimiento para TELEFÓNICA, que deberá aplicarlos a sus Agentes Distribuidores o a cualquier otro cliente mayorista.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En efecto, en las distintas columnas se incluyen los precios vigentes en el momento de aprobación de la resolución impugnada (que entraron en vigor el 30 de junio de 2005, tal y como establece la Resolución de esta Comisión de 23 de junio del mismo año); los porcentajes de descuento del plan Masterbono Proveedores; los precios efectivos resultantes de la aplicación del descuento a los precios Price Cap, así como los precios efectivos de llamadas Internacionales (no gratuitas) desde cabinas teniendo en cuenta la legislación vigente (ORDEN PRE/2085/2003).

Lo anterior no obsta para que (aún no reflejándose en la tabla del Anexo I) Telefónica, asimismo, deba aplicar a sus Agentes Distribuidores el recargo establecido por esta Comisión en su Resolución de 31 de marzo de 2004 (MTZ 2003/1574) sobre la modificación de la oferta de interconexión de referencia de Telefónica de España, S.A.U. en cuanto a la retribución asociada a terminales de uso público en llamadas gratuitas para el llamante.

Tal y como ha quedado expuesto, los precios contenidos en el Anexo impugnado en nada se apartan de lo establecido en anteriores resoluciones de esta Comisión, que serán de aplicación en todo caso. Por ello no concurre la causa de suspensión alegada por el recurrente, esto es, que la aplicación de los precios contenidos en la tabla del Anexo I supone la vulneración de resoluciones anteriores de esta Comisión, al contener dicho Anexo errores motivados por la incorrecta aplicación del recargo en cabinas. Así, careciendo la solicitud de suspensión de su requisito básico, esto es, que concurra alguna de las circunstancias que se establecen en el artículo 111.2 de la LRJPAC, no cabe estimar la misma sobre la base de lo alegado por TELEFÓNICA en este apartado.

Sobre la existencia de un perjuicio de difícil o imposible reparación

Al respecto, esta Comisión señala que la recurrente no ha invocado perjuicio alguno que pueda servir como base para acceder a la pretensión de suspensión.

Sobre la ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría al recurrente.

La conclusión anteriormente alcanzada, esto es que no concurre ninguna de las dos circunstancias exigidas por el artículo 111 de la LRJPAC (causa de nulidad de pleno derecho y existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación) conlleva *per se* que esta Comisión deniegue la suspensión solicitada por TELEFÓNICA, todo ello sin que proceda ponderar ningún tipo de perjuicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Denegar la suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución del Consejo de fecha 28 de julio de 2005, por la que se pone fin al trámite de información previa abierto para aclarar las condiciones de prestación del servicio telefónico mediante la oferta "Masterbono Proveedores" por parte de Telefónica de España, S.A.U.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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, 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 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera