



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 13 de octubre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA 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"

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra la citada Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de julio de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 36/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 13 de octubre 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 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.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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).

CUARTO. En fecha 15 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó un acuerdo en virtud del cual se aprobó Resolución por la que se deniega la suspensión de la Resolución recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- Calificación.

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

La recurrente califica expresamente su escrito, con fecha de entrada en esta Comisión de 11 de agosto de 2005, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 28 de julio de 2005 indicada en el antecedente de hecho primero.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

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

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- 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 que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa al recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

Cuarto.- Admisión a trámite.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO. Sobre la 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.

TELEFÓNICA alega como principal motivo de impugnación, en su escrito de interposición de recurso, el imposible cumplimiento de la obligación que se establece en el resuelve tercero de la resolución recurrida, de retirar de los canales de comercialización y distribución de aquellas tarjetas no entregadas a los clientes finales que contengan minutos de tráfico no ajustados a los precios regulados.

Dicha obligación supone, a juicio de la citada entidad, imponer a TELEFÓNICA la retirada del mercado de productos de terceros, imposibilitando así que la citada entidad lleve a cabo la medida.

TELEFÓNICA afirma que su actividad 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 que ellos mismos elaboran y emiten con los criterios que tienen por conveniente. Cada proveedor establece el precio de sus propias tarjetas, al igual que su plan de negocio.

A la luz de las alegaciones de TELEFÓNICA, se advierte que efectivamente no se encuentra dentro de la posible esfera de actuación de Telefónica la retirada de las tarjetas de los canales de comercialización y distribución, por no ser la citada entidad la emisora de dichas tarjetas, como ha quedado dicho. En efecto, si bien es cierto que los minutos comercializados a través de dichas tarjetas son de TELEFÓNICA, también lo es que las tarjetas no son emitidas por la recurrente, lo que impiden que sea ella quien haya de retirarlas del mercado. En este sentido, se puede concluir que la medida cautelar impugnada en este apartado no puede ser cumplida por TELEFÓNICA, en los términos exigidos en la Resolución de 28 de julio de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La conclusión anteriormente alcanzada, esto es que el resuelve tercero de la Resolución impugnada está viciado de nulidad de pleno derecho por ser de imposible cumplimiento, conlleva la estimación del recurso en esta parte con la consiguiente anulación del citado resuelve.

SEGUNDO. Sobre la 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.

Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho TELEFÓNICA alega la nulidad del Anexo I, por lo que afecta a su cuarta columna correspondiente al recargo aplicable a llamadas efectuadas desde cabinas utilizando tarjetas prepago con destino números 900. En efecto, la recurrente considera 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, lo cual, en base a lo establecido en el artículo 62.2 de la LRJPAC conlleva la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada.

En relación a esta cuestión, se dan aquí por enteramente reproducidos los argumentos esgrimidos por esta Comisión en la Resolución de 15 de septiembre de 2005 por la que se deniega la suspensión de la resolución impugnada, en la que se pone de manifiesto que no concurre la causa de nulidad alegada por la recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra el Acuerdo de esta Comisión de fecha 28 de julio de 2005 por el que se puso fin al periodo 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., anulando y dejando sin efecto lo dispuesto en su resuelve tercero y confirmando el resto del acuerdo por estar plenamente ajustado a derecho.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, no cabe nuevo recurso de reposición. No obstante, podrá 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, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera