



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/009/17, DIALOGA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de mayo de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/009/17, DIALOGA, por la que se resuelve el recurso presentado por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. (DIALOGA), conforme al artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el acuerdo de 16 de enero de 2017 de la Dirección de Competencia (DC), por la que se ponía en conocimiento que los hechos expuestos en el escrito de 3 de enero de 2017 de DIALOGA, no constituían indicios de infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 3 de enero de 2017, se denunciaron por parte de DIALOGA determinados hechos en la gestión de servicios de tarificación adicional presuntamente llevados a cabo por ocho diferentes mercantiles (en adelante, las empresas denunciadas) y de los que la denunciante consideraba que se desprendían indicios de infracción de la LDC por constituir actos de competencia desleal.

2. La DC, mediante escrito de 16 de enero de 2017, señaló que los hechos expuestos en el escrito de 3 de enero de 2017 anteriormente citado, no constituían indicios de infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y que se daba traslado a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC en relación al posible incumplimiento, en su caso, de la normativa sectorial aplicable. Dicha Comunicación fue notificada a DIALOGA por correo certificado, y con acuse de recibo de 23 de enero de 2017.
3. Con fecha 30 de enero de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de DIALOGA, por el que se interponía, en virtud del artículo 47 de la LDC, recurso administrativo contra el precitado escrito de la DC citado en el antecedente de hecho anterior, por entender que el mismo no era ajustado a derecho, produciéndole tanto indefensión a ella misma como un perjuicio irreparable a la libre competencia en el sector y a sus derechos e intereses legítimos.
4. Con fecha 10 de febrero de 2017, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso presentado por DIALOGA.
5. Con fecha 14 de febrero de 2017, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso presentado por DIALOGA. En dicho informe la DC consideraba que procedía inadmitir el mismo, por cuanto el contenido del acuerdo de 16 de enero de 2017 recurrido era ajustado a derecho, en la medida que, por las razones allí expuestas, no procedía iniciar una información reservada, ni llevar a cabo ninguna actuación investigadora, sin que ello produjera indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de la denunciante.
6. Con fecha 28 de febrero de 2017, se admitió a trámite el recurso de DIALOGA, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones. La mercantil no ha presentado alegaciones complementarias a su escrito de recurso.
7. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 4 de mayo de 2017.
8. Es interesada en este expediente de recurso DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. (DIALOGA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del solicitante.

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre si el acuerdo de 16 de enero de 2017 de la DC, mediante la cual se ponía en conocimiento de DIALOGA que de los hechos denunciados en su escrito de 3 de enero de 2017 no se desprendían indicios de infracción del artículo 3 la LDC, es susceptible de producir

indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de DIALOGA, tal y como exige el artículo 47 de la LDC.

En su escrito de recurso, DIALOGA resume los hechos que denunció el 3 de enero de 2017 y que consistían, básicamente, en que las ocho empresas denunciadas estarían permitiendo y facilitando que sus respectivos clientes prestadores del servicio de tarificación adicional perciban directamente mediante tarjeta de crédito del usuario final el importe correspondiente a la llamada efectuada por éste, en lugar de percibir dicho importe a través del procedimiento de cobro regulado que es inherente a la numeración 80Y.

DIALOGA considera que dichos hechos constituían una conducta desleal que falsearía la libre competencia en el sector, puesto que las empresas denunciadas, al incumplir presuntamente la normativa aplicable, y sustraerse de todo control normativo, tarifario o fiscal, están percibiendo una cantidad más elevada que la que correspondería si se cobrase con arreglo al sistema regulado de numeración 80Y, práctica que estaría afectando al interés general de preservación de la competencia.

En este sentido, DIALOGA fundamenta que el acuerdo de la DC le ha generado indefensión y que es extraordinariamente lesivo para sus derechos y para el interés general de la libre competencia, por los motivos que se resumen a continuación:

- (i) El peso real de las entidades denunciadas en la gestión de servicios de tarificación adicional.

En contraposición a lo concluido por la DC en el escrito recurrido, DIALOGA defiende que las empresas denunciadas tienen un peso muy importante en la prestación de servicios de tarificación adicional y que además sus conductas de uso fraudulento de numeración geográfica llevarían a que se infraestimase su peso en esta actividad en las estadísticas oficiales.

La recurrente considera que las empresas denunciadas son empresas relevantes y líderes en el sector de la prestación de servicios de tarificación y que aproximadamente un 80% del volumen de facturación de las referidas empresas proviene de servicios relacionados con la prestación de servicios de tarificación adicional.

DIALOGA sostiene, a partir de las cuentas anuales publicadas por algunas de las empresas denunciadas, que el volumen de negocios de estas empresas en la prestación de servicios de tarificación adicional sería como mínimo de 31,6 millones de euros en el ejercicio 2015, lo que representa una parte muy significativa de los 36,6 millones de euros ingresados a nivel minorista en servicios móviles por los números de tarificación adicional en el mismo año, según datos publicados por la CNMC.

- (ii) La ventaja competitiva ilícita obtenida mediante el incumplimiento de la normativa aplicable.

DIALOGA señala que estas conductas le ocasionan un perjuicio, y aporta como ejemplo el caso de un cliente que ha migrado a una de las empresas denunciadas,

supuestamente como consecuencia de las prácticas objeto de la denuncia, esto es, por la puesta a disposición de este cliente del sistema denominado Terminal Punto de Venta (TPV), el cual permite a este último percibir directamente del usuario final – mediante tarjeta de crédito– el importe de la llamada, en lugar de percibir dicho importe a través del procedimiento de cobro regulado que es inherente a la numeración 80Y – facturación en cascada–.

(iii) La afectación al interés público de las conductas llevadas a cabo por las empresas denunciadas.

A diferencia de la DC que, como consecuencia del peso reducido de las empresas denunciadas, entiende que no es de aplicación la prohibición del artículo 3 de la LDC, por considerar que las conductas denunciadas no son susceptibles de afectar al interés público de la libre competencia, la recurrente justifica que sí se produce tal afectación, dado que la conducta de las mercantiles denunciadas causa una desventaja competitiva a todas las empresas que prestan servicios de tarificación adicional y sí cumplen con la normativa aplicable, como sería el caso de DIALOGA.

Por su parte, la DC en su Informe de 14 de febrero de 2017 considera que procede la desestimación del recurso interpuesto por DIALOGA contra el escrito de la DC de 16 de enero de 2017. La DC entiende que la respuesta a la denuncia recurrida es ajustada a derecho y no es susceptible de causar un perjuicio irreparable o indefensión a DIALOGA.

Si bien es cierto que en su recurso DIALOGA ha intentado subsanar la total ausencia de motivación en su escrito de denuncia respecto de la afectación al interés público de la libre competencia, que justificaría la aplicación del artículo 3 de la LDC a las conductas denunciadas, aportando datos de volumen de negocios de las empresas denunciadas e intentando probar que las mismas representan una parte muy importante de la gestión de servicios de tarificación adicional en España, la DC entiende que a los efectos de determinar dicha afectación del interés público de la libre competencia es necesario establecer cuál es la dimensión mínima del posible mercado relevante en el que se encuadran las actividades de gestión de los mencionados servicios.

La DC considera que, por motivos de sustituibilidad por el lado de la oferta, este mercado relevante es mucho mayor que la estricta gestión de servicios de tarificación adicional y que abarcaría, al menos, a los servicios minoristas de red inteligente en redes fijas y móviles, teniendo en cuenta que un operador que presta otros servicios de red inteligente puede comenzar a gestionar servicios de tarificación adicional de forma casi inmediata y sin necesidad de acometer inversiones especialmente significativas.

A estos efectos, la DC argumenta que la propia actividad de DIALOGA y de las empresas denunciadas justificaría esta definición más amplia del mercado relevante, de cara a determinar cuál es la dinámica competitiva en el mismo y la capacidad de las conductas denunciadas para afectar de forma significativa a tal dinámica competitiva y, por tanto, al interés público de la libre competencia.

En el ámbito de los servicios minoristas de red inteligente en redes fijas y móviles, la DC señala que dichos servicios generaron unos ingresos de más de 248 millones de euros en 2015. Además, especifica que hay que tener en cuenta el potencial de crecimiento en este ámbito de los servicios de red inteligente y en el segmento de la gestión de los servicios de tarificación adicional de los principales operadores de red (TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE), con facturaciones anuales totales que superan los miles de millones de euros en cada caso.

En este contexto, la DC establece que, incluso si se considerase que el 100% de los ingresos de las empresas denunciadas en 2015 corresponden a la gestión de servicios de tarificación adicional (algo que la propia denunciante reconoce que no es real), el peso competitivo de las empresas denunciadas en el mercado relevante en España eventualmente afectado por las conductas denunciadas por DIALOGA sería muy limitado.

El hecho de que DIALOGA sustente la afectación al interés público de la libre competencia en el perjuicio ocasionado a sus intereses privados por la desventaja competitiva que genera la conducta supuestamente desleal y que le ha llevado a perder, por lo menos, un cliente de servicios de tarificación adicional, no verifica, a juicio de la DC, la existencia de una perturbación grave de los mecanismos de funcionamiento del mercado relevante afectado, especialmente teniendo en cuenta que este mercado es más amplio que la mera gestión de servicios de tarificación adicional en España, y puesto que en el mismo existen operadores sofisticados con facturaciones muy elevadas, que en principio no van a ser excluidos de forma significativa del mercado relevante como consecuencia de las supuestas conductas desleales denunciadas.

En definitiva, la DC considera que los nuevos datos aportados en el recurso por DIALOGA no alteran la conclusión alcanzada en el escrito de respuesta a su denuncia ahora recurrido, por lo que mantiene que las supuestas conductas de las empresas denunciadas no tienen capacidad para afectar al interés público de la libre competencia y que no existen indicios de que puedan ser contrarias al artículo 3 de la LDC. Añade la DC que una investigación en más profundidad con base en la denuncia sería contraria a los principios de eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos públicos recogidos en el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En su contestación a la denuncia, la DC indicaba a DIALOGA que la misma se había trasladado a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), por ser la Dirección de Instrucción dentro de la CNMC competente para investigar posibles infracciones por incumplimiento, perseguible por la CNMC, de la normativa sectorial aplicable y, en particular, de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. En tal sentido, la DC destaca en su informe que los intereses públicos protegidos por la regulación sectorial van a ser ya preservados en el ámbito de la investigación que realice la DTSA y que DIALOGA también dispone de la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para proteger sus intereses privados frente a las supuestas conductas desleales de las empresas denunciadas.

DIALOGA no ha presentado alegaciones complementarias a su recurso en el plazo de 15 días concedido al efecto por esta Sala en su Acuerdo de 28 de febrero de 2017, de admisión a trámite del recurso.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso previsto en el artículo 47 de la LDC.

Antes de analizar las concretas pretensiones de la recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

DIALOGA interpuso este recurso que califica como administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC.

No obstante, el artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC) establece lo siguiente:

"1. Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley."

De acuerdo con el artículo 47 de la LDC, *"las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*, siendo el Consejo de la CNMC el órgano competente para resolver dicho recurso.

Asimismo, conviene recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011, en la que se establecía: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC"*.

También la extinta CNC en su Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte. R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*.

En conclusión, no estamos ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio

irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”.*

TERCERO.- Sobre la denunciada infracción de la LDC.

A la CNMC compete la función de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la LDC. Esta Ley define las conductas anticompetitivas prohibidas, en particular, las conductas colusorias (artículo 1 de la LDC), el abuso de posición dominante (artículo 2 de la LDC) y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (artículo 3 de la LDC). Por tanto, para que la conducta denunciada por DIALOGA fuera perseguible en virtud de la citada LDC, debería poder encuadrarse en alguno de los ilícitos tipificados.

Esta Sala coincide con el Informe de la DC al apreciar que de la documentación disponible aportada por el denunciante no se desprende la necesaria perturbación grave de la estructura o condiciones competitivas del mercado que exige el artículo 3 de la LDC.

Por ello, esta Sala considera que de los hechos denunciados y de la información aportada por la recurrente se deduce que el acuerdo de la DC recurrido justificaba, de forma suficientemente motivada, que no se deducían indicios de infracción de la LDC que obligasen a la DC a incoar expediente sancionador o realizar actuaciones adicionales, sin que la recurrente razone ni justifique documentalmente de forma adecuada, ni en su escrito de denuncia ni en el recurso posterior, la existencia de vulneración alguna de la LDC.

Todo ello sin perjuicio de que la DC haya procedido, como correspondía, al traslado del escrito de denuncia a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que compete investigar si las conductas denunciadas por DIALOGA, en su caso, constituyen un posible incumplimiento de la normativa sectorial aplicable.

CUARTO.- Ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por DIALOGA supone verificar si el acuerdo recurrido ha ocasionado, o no, indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación o desestimación del recurso.

La recurrente, aunque cita en su recurso el elemento de perjuicio irreparable, lo liga estrictamente al perjuicio ocasionado a sus intereses privados por la desventaja competitiva que alega que le genera la conducta denunciada como desleal.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Esta Sala estima que el escrito de la DC 16 de enero de 2017 no es un acto *per se* capaz de producir perjuicio irreparable a la ahora recurrente. Tal respuesta a la denuncia formulada por DIALGA expone de forma suficientemente motivada las razones por las cuales la DC no aprecia que de los hechos denunciados se desprendan indicios de infracción de la LDC.

Respecto de la posible indefensión, remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso, resulta evidente no sólo que la respuesta de la DC de 16 de enero de 2017 a la denuncia formulada no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente, naturalmente, sino también que DIALOGA ha podido recurrir la misma en vía administrativa, prueba de lo cual es su escrito de recurso en el que ha formulado las argumentaciones y ha aportado los elementos fácticos que ha considerado oportunos, teniendo además la oportunidad adicional, no agotada por DIALOGA, de aportar consideraciones adicionales en fase de alegaciones una vez admitido a trámite el recurso. Asimismo, la presente resolución, que resuelve motivadamente el mismo, exponiendo con detalle cómo las supuestas conductas de las empresas denunciadas no tienen aptitud para incurrir en ningún tipo de ilícito de la LDC, deja expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, por lo que no cabe interpretar que se lesione el derecho a la defensa de la recurrente.

Adicionalmente, el traslado de la denuncia a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual garantiza que los intereses públicos protegidos por la regulación sectorial van a ser preservados en el ámbito de la investigación que realice esa Dirección.

Finalmente, hay que recordar que, tal como indicaba la DC en su escrito de respuesta a la denuncia de DIALOGA, esta mercantil dispone de la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para proteger sus intereses privados frente a las supuestas conductas desleales de las empresas por ella denunciadas.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso sea susceptible de causar indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de DIALOGA.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., contra el escrito de la Dirección de Competencia de 16 de enero de 2017, por el que comunicaba la improcedencia de iniciar actuaciones en relación con los hechos denunciados por la recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.