



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2010 0008645
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000725 /2010 MD**
Recurrente: ASOCIACION DE EMPRESAS DE VALOR AÑADIDO A.V.A.

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, con devolución del expediente administrativo, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a uno de febrero de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
ENTRADA
RegOf: 1070 / RG 1070
17/02/2012 12:14:46

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000725/2010
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06409/2010
Demandante: ASOCIACION DE EMPRESAS DE VALOR AÑADIDO
Procurador: SR. GAMARRA MEJÍAS

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: VODAFONE ESPAÑA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 725/10 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASOCIACION DE EMPRESAS DE VALOR AÑADIDO** representada por el Procurador Sr. Gamarra Mejías frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de junio de 2010, relativa a archivo de denuncia por **conductas prohibidas** con una cuantía indeterminada, siendo codemandado **VODAFONE**

ESPAÑA representada por el Procurador Sr. Hidalgo Senen, y siendo Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2010. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 1 de diciembre de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada y retrotrayéndose las actuaciones al momento en que la CNC deberá dar traslado a Vodafone del escrito de denuncia presentado así como de los documentos que integran la denuncia al objeto de que realice las correspondientes alegaciones en su calidad de inculpado "para continuar con el procedimiento legalmente establecido".

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso.

La codemandada igualmente contestó a la demanda para solicitar su inadmisión y subsidiariamente su desestimación, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que deja expuestos.

CUARTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 25 de octubre de 2011 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 30 de junio de 2010 por la que se acuerda "*No incoar procedimiento sancionar y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia....*".

Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes:

1. Vodafone es un operador de telefonía móvil con red propia, que, según el Informe anual de la CMT, en 2008 tuvo unos ingresos de telefonía móvil en España de 4.988 millones de euros, lo que representa 33,1% del mercado, frente a unas cuotas de Movistar y Orange de 48,9% y 16,6% respectivamente. En términos de líneas de telefonía móvil la cuota de Vodafone fue de 30,7%, frente al 44,9% de Movistar y 20,7% de Orange. Mientras, en número de mensajes cortos enviados por sus abonados, la cuota de Vodafone fue de 30,0%, mientras que Movistar tuvo una cuota del 43,0% y Orange el 25,3%.

2. Los mensajes cortos de valor añadido, según el Informe anual de la CMT, representaron en 2008 en España unos ingresos de 516,5 millones de euros, mientras que los mensajes multimedia de valor añadido alcanzaron unos ingresos de 1,4 millones de euros. En términos de número de mensajes, hubo 2.411 millones de mensajes cortos de valor añadido, y 105 millones de mensajes multimedia de valor añadido.

Vodafone presta servicios de mensajes cortos y mensajes multimedia de valor añadido a sus clientes.

3. Los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes están regulados por la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones para la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. Dentro de esta Orden, el artículo 5.7 establece que *"los titulares de números [para la prestación de servicios de tarificación adicional mediante mensajes] tendrán la obligación de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes."*

4. Los servicios mayoristas de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional se encuentran sujetos a la regulación ex ante de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). En particular, en su Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, la CMT ha regulado, entre otros, los servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles que prestan Telefónica, Vodafone y Orange, que permitirían a otros operadores suministrar a sus clientes, servicios de convencionales y avanzados de SMS y MMS con origen en las redes de los operadores móviles así como servicios de acceso a Internet móvil. Esta regulación establece una obligación de suministrar estos servicios a precios razonables.

SEGUNDO- La denuncia de la parte hoy actora tenía el siguiente contenido: Vodafone impone a los operadores de servicios de tarificación adicional mediante

mensajes, para prestarles servicios mayoristas que les permitan acceder a los abonados de Vodafone, un precio que representa de media aproximadamente el 50% del coste del mensaje. Este precio varía según el coste de los mensajes de tarificación adicional que pague el usuario final (a mayor precio para el usuario final, el porcentaje que se queda el operador de telefonía móvil suele ser menor) y el número de usuarios que utilicen el servicio (a mayor número de usuarios, el porcentaje que se queda el operador de telefonía móvil es menor). Con estas condiciones, según AVA, las promociones que realiza Vodafone no son replicables por los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes miembros de AVA.

Según la denuncia Vodafone impone a los operadores de servicios de tarificación adicional mediante mensajes, para prestarles servicios mayoristas que les permitan acceder a sus abonados, que acepten un plazo de 90 días para recibir el pago de las facturas que emiten. Estima que, del total de servicios de valor añadido mediante mensajes que prestan sus socios, aproximadamente el 25% corresponde a participación en votaciones y programas de televisión, un 20% a descarga de contenidos por móvil, un 20% a participación en sorteos de premios en metálico, un 25% a participación en sorteos de premios en especie, y un 10% a otros.

La pretensión ejercitada en estos autos difiere de lo recogido en la denuncia: la actora expone que durante la tramitación del procedimiento la CNC requirió a AVA determinada documentación e información acreditativa de los extremos referentes a la denuncia y a los actos de competencia desleal denunciados, y no requirió ninguna información a VODAFONE *"hecho este que se viene a denunciar expresamente en nuestro escrito de demanda"*. Considera que se han vulnerado los arts. 44 y siguientes de la ley 15/2007, y el art. 13 del Real Decreto 1398/1993 al no haberse dado traslado de la denuncia a VODAFONE para que realizase las correspondientes alegaciones.

TERCERO- Debe examinarse en primer lugar la alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de la parte recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley jurisdiccional al entender tanto el Abogado del Estado como la codemandada que a pesar de su condición de denunciante no tiene la actora un interés legítimo que ampare la acción impugnatoria contra el acuerdo de la CNC por el que se decide el archivo de las actuaciones.

Las citadas partes entienden que no siempre la condición de denunciante o el carácter de interesado en el procedimiento administrativo son suficientes para acreditar la legitimación posterior en un recurso contencioso-administrativo, lo que es cierto, debiendo por tanto establecerse, en este concreto supuesto, si la actora tiene o no ese interés que justifica su legitimación.

El Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que del art. 24 de la Constitución deriva para los Jueces y Tribunales *"... la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales..."* (STC 120/2001) y que en relación con la legitimación activa los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no solo de manera razonable y

razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, es decir, de conformidad con el principio "pro actione" (STC 7/2001).

En el supuesto enjuiciado se trata de resolver si los denunciantes, que no obtuvieron satisfacción a sus pretensiones de incriminación tienen legitimación activa para pretender en un proceso contencioso-administrativo que se investigue en el marco de un procedimiento sancionador, una conducta determinada.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 5-XI-99 (recurso 9537/1995) ha establecido las bases de la legitimación del denunciante en una situación similar a la de autos:

"Partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser sólo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y que en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, ...

La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada."

Es decir: como igualmente resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuístico.

El Alto Tribunal ha razonado que "no es necesario precisar ahora cual ha sido la evolución que en el proceso contencioso-administrativo ha experimentado el concepto y las características o notas definidoras del "título legitimador", discurrendo, como fases más significativas, desde la titularidad de un derecho a la de un interés, y desde el interés directo al interés legítimo; ni es necesario tampoco precisar las líneas que orientan el fenómeno, cierto sin duda, de la ampliación progresiva de la legitimación para recurrir en aquel proceso. Basta con recordar que este Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la

actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988, al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para que exista el interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja. Siendo oportuno, también, recordar que nuestra jurisprudencia, si bien no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad, o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991), sí ha ido reconociendo como incluíbles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal.

Este breve recordatorio de ideas sobre la evolución del título legitimador, al que cabe unir el conocido principio de interpretación restrictiva de las causas que impiden el examen del fondo de la pretensión, conduce a rechazar que en los actores no concorra la legitimación procesal exigible, pues su esfera personal se ve afectada, cuando menos de manera indirecta o refleja, a través de actuaciones que entienden limitativas de la libre competencia en el ámbito en que desenvuelven su ejercicio profesional, o vulneradoras de la efectividad de un derecho, el de la información, a cuya protección están singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida"

En el escrito de demanda, la actora señaló que su legitimación activa se funda en que se considera *"perjudicado por la resolución que se recurre, en la medida que mediante la misma se decreta el archivo de una denuncia por ella interpuesta"*.

La actora no recoge argumento alguno en su escrito de demanda relativo a cual es su legitimación, pero la Sala debe tener en cuenta el hecho de que la alegación de inadmisibilidad formulada en los escritos de contestación a la demanda no ha podido ser contestada por la demandante, dado que el proceso concluyó sin que se elevaran escritos de conclusiones. Entiende esta Sala que en el respeto más exacto al principio constitucional de defensa, el propio Tribunal puede extraer sus conclusiones en relación a la posible existencia de un interés legítimo de la actora; en este caso, la Sala estima que tal interés concurre por cuanto la actividad empresarial de la actora se vería afectada si se acreditara la actuación que reputa ilegítima y contraria a la libre competencia en el ámbito en el que se desenvuelve dicha actividad.

Cuestión distinta es la del alcance de tal legitimación, que en ningún caso alcanza a la imposición de una sanción, pretensión que desde luego no ejercita, visto el tenor literal del suplico del escrito de demanda.

La Sala considera por tanto admisible el recurso contencioso-administrativo reconociendo legitimación a la actora para solicitar, como demanda, la continuación del procedimiento administrativo archivado.

CUARTO- La actora denuncia el que no se diese traslado de la denuncia a VODAFONE y el que no se le requiriese documentación en el procedimiento administrativo.

En primer lugar hay que recordar que el Real Decreto 1398/1993 que regula el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora es de aplicación subsidiaria frente al Reglamento que regula el procedimiento en materia de Defensa de la Competencia, establecido por Real Decreto 261/2008, que estaba en vigor el día 23 de febrero de 2008 fecha de presentación de la denuncia por AVA ante la Comisión Nacional de la Competencia (folio 1 del expediente).

El pfo. 5 del artículo 25 de dicho Real Decreto establece:

"5. La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."

La CNC ha dictado una resolución en la que se expone motivadamente el por qué no procede la incoación del procedimiento sancionador:

1-. La elevada cuota de mercado de Vodafone no es suficiente para acreditar por si misma una posición de dominio individual.

2-. Aún si la tuviera no existen indicios de que haya incurrido en prácticas abusivas.

3-. En relación con el artículo 2 de la Ley 15/2007, la práctica denunciada no parece tener la suficiente entidad ni es susceptible de tener suficientes efectos anticompetitivos como para tener un carácter abusivo.

4-. En relación con el artículo 3 de la Ley 15/2007, la práctica denunciada no parece tener la suficiente relevancia como para afectar al interés público. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia no es competente para determinar si la práctica denunciada supone una infracción del artículo 4.2 de la Ley 3/2004.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

QUINTO- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACION DE EMPRESAS DE VALOR AÑADIDO** contra el Acuerdo dictado el día 30 de junio de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

