



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/100/15 FACUA/VODAFONE)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de octubre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/100/15, FACUA/VODAFONE, por la que se resuelve el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (FACUA) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 10 de agosto de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de junio de 2015, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de la Asociación de Consumidores y Usuarios (FACUA) en el que se ponía en conocimiento de la CNMC que VODAFONE ESPAÑA, S.A.U había decidido modificar de forma unilateral a partir del 30 de junio de 2015, las tarifas de telefonía móvil ofertadas, subiendo la cuota de algunas de ellas a cambio de modificar los servicios prestados, e incluyendo en todas las tarifas ofertadas la activación automática y por defecto del “servicio+ megas” consistentes en que una vez consumidos los megas de

navegación de internet móvil a máxima velocidad que cada tarifa contempla se procedería a activar automáticamente al usuario 200 megas adicionales de navegación a alta velocidad a cambio del pago de 2 euros.

Las tarifas que se verían afectadas por la subida y otras modificaciones contractuales, señala FACUA son: Red S, Red M, Red L, Red XL, Plan Smart S, Plan Marts M, Plan Mini S, Plan Mini Voz.

2. Con fecha 10 de agosto de 2015, la Dirección de Competencia (DC) dictó acuerdo, en contestación al anterior escrito de FACUA, indicando que la actuación denunciada no constituía infracción de la LDC, por lo que la CNMC no era competente para llevar a cabo ninguna actuación, sin perjuicio de que en el supuesto de que la CNMC tuviera conocimiento de nuevos hechos o elementos de prueba que pudieran tipificarse como ilícitos por la LDC podría actuar de oficio.
3. Con fecha 7 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de FACUA contra el Acuerdo de la DC de 10 de agosto, al amparo de los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
4. Con fecha 8 de septiembre de 2015, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, se solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
5. Con fecha 15 de septiembre de 2015, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DC considera que procede inadmitir el recurso interpuesto por extemporáneo.
6. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y fallo el asunto en su reunión de 29 de octubre de 2015.
7. Es interesado en este expediente de recurso: ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (FACUA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de

octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 de la LDC prevé que *“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”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo de los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas contra el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2015, en el que se da respuesta a las cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de 1 de junio de 2015.

El recurrente califica como Resolución el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2015 y solicita su anulación al considerar que la actuación denunciada de VODAFONE constituye una infracción del artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como de los artículos 1 apdo a) y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En su informe de 15 de septiembre de 2015, la DC considera que procede inadmitir el recurso, en virtud del artículo 47.2 de la LDC, por extemporáneo.

TERCERO.- Extemporaneidad del recurso.

Los recursos administrativos contra actos y resoluciones dictados por la Dirección de Competencia vienen regulados en el artículo 47 de la LDC que establece que: *“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”*.

Añade el apartado 2º del artículo 47 que: *“El Consejo inadmitirá sin más trámites los recursos interpuestos fuera de plazo”*

La recurrente interpone su recurso contra el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2015, al amparo de los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJPAC) que regula el recurso de

reposición. Sin embargo debemos puntualizar que de conformidad con el artículo 45 de la LDC, la aplicación de la LRJPAC tiene carácter supletorio quedando la aplicación de la LRJPAC reservada para aquello no previsto en la normativa de defensa de la competencia:

“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta Ley y su normativa de desarrollo y supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”

La LDC contempla en el artículo 47 el cauce de impugnación de los actos y resoluciones de la Dirección de Investigación (actualmente Dirección de Competencia), que excluye la aplicación supletoria de la LRJPAC y en particular de los artículos 116 y 117, como sostiene la recurrente.

En este sentido, esta Sala de Competencia en su Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte R/DC/ 0013/14 Auditorías de Gestión) ha señalado que:

“Como explica la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de mayo de 2011: “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 los que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC”.

En esta misma línea, la Resolución de 7 de marzo de 2014 (Expte R/AJ/0055/15 Interesado en COPE/VOCENTO/PUNTO RADIO) ya afirmó 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”.* No estamos, pues, por tanto, ante los recursos regulados en la Ley 30/1992, 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.”

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 110.2 LRPAC dispone que: *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, el presente recurso se considera interpuesto al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC.

Establecido el carácter del recurso presentado por FACUA, resulta preciso determinar si se ha interpuesto en plazo, puesto que de no ser así, el artículo 47.2 de la LDC prescribe su inadmisión sin más trámite.

El acuerdo recurrido fue notificado a FACUA el 14 de agosto de 2015. La recurrente presentó el escrito de recurso en la Oficina de Correos el 3 de septiembre de 2015, teniendo entrada en el registro de la CNMC el 7 de septiembre de 2015, por lo tanto, resulta manifiesto que se ha planteado fuera del plazo legalmente establecido para ello, por lo que este Consejo, debe considerarlo extemporáneo e inadmitirlo sin más trámite.

CUARTO.- Indefensión o perjuicio irreparable.

Habiendo determinado la Sala de Competencia la extemporaneidad del recurso no es preciso añadir más fundamentación a su inadmisión. No obstante, aun cuando el recurso no fuera extemporáneo, el planteamiento de FACUA debería determinar igualmente la inadmisión del recurso por falta de los requisitos del artículo 47 de la LDC, al no ser susceptible el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2015 de generar indefensión o perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de FACUA.

Señala la recurrente que los hechos puestos en conocimiento de la CNMC podrían suponer una vulneración del artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y, por ende del artículo 3 de la LDC, así como del artículo 1.1.a) de la LDC. No obstante, no hace referencia en ningún momento a la existencia de indefensión o perjuicio irreparable en relación a la respuesta de la DC sobre los mismos.

Sobre la posible vulneración del artículo 3 de la LDC, FACUA no aporta ningún elemento que pueda servir de indicio para considerar que la conducta de VODAFONE sea susceptible de afectar por si misma al interés público, especialmente teniendo en cuenta que conforme al artículo 47. 1 b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, los consumidores y usuarios de VODAFONE afectados por la modificación pueden resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna, por tanto la alegación debe rechazarse.

Con respecto a la infracción del artículo 1.1. a) de la LDC por parte de VODAFONE, y sus principales competidores, como consecuencia de los incrementos de precios aplicados en los últimos meses, cabe señalar que el escrito de FACUA de 1 de junio de 2015, no suscitaba esta cuestión por lo que difícilmente la Dirección de Competencia podía pronunciarse sobre la misma.

No obstante lo anterior, coincide esta Sala de Competencia con la Dirección de Competencia en que la existencia de estas subidas de precios de ORANGE, TELEFÓNICA, VODAFONE y YOIGO, no justifica la existencia de una práctica colusoria, habida cuenta del desfase temporal entre las modificaciones tarifarias introducidas por los distintos operadores y las diferencias persistentes en la composición y los precios de las ofertas comerciales de estos operadores, por lo que la alegación debe ser igualmente desestimada.

Por todo ello, esta Sala de Competencia considera que de los hechos denunciados y de la información aportada por la recurrente no se deducen indicios de infracción de la LDC.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por Asociación de Consumidores y Usuarios contra el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2015.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la recurrente, 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.