



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/101/15 FACUA/XFERA MÓVILES)

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/101/15, FACUA/XFERA MÓVILES, 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 26 de agosto de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 20 de agosto 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 XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO) estaba comunicando a sus clientes la subida unilateral del importe en concepto de establecimiento de llamada.
2. Con fecha 26 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 26 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.
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 26 de agosto de 2015, en el que se da respuesta a las cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de 12 de agosto de 2015.

El recurrente califica como Resolución el acuerdo de la DC de 26 de agosto de 2015 y solicita su anulación al considerar que la actuación denunciada de YOIGO 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 la medida en que no reúne los requisitos establecidos por el artículo 47.1 de la LDC.

TERCERO.- Naturaleza del recurso interpuesto.

La recurrente interpone su recurso contra el acuerdo de la DC de 26 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 que regula el recurso de reposición.

Esta calificación no puede ser compartida por la Sala de Competencia ya que, de conformidad con el artículo 45 de la LDC, 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 de la Dirección de Competencia, al indicar 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”.*

Así lo señala la DC en su Informe al recurso, donde considera que dicho recurso se ha interpuesto conforme a lo indicado en el artículo 47 de la LDC.

Como señala 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 este sentido, se ha pronunciado la Sala de Competencia de la CNMC en diversas resoluciones, entre otras, Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte R/DC/ 0013/14 Auditorías de Gestión) y Resolución de 7 de marzo de 2014 (Expte R/AJ/0055/15 Interesado en COPE/VOCENTO/PUNTO RADIO)

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 110.2 LRJPAC 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 27 de agosto de 2015. El escrito de recurso tuvo entrada en el registro de la CNMC el 7 de septiembre de 2015, por lo tanto, esta Sala considera que el mismo ha sido presentado dentro del plazo de diez días marcado en el artículo 47 de LDC.

CUARTO.- Sobre la ausencia de infracción de la LDC.

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 YOIGO sea susceptible de afectar por si misma al interés público, especialmente teniendo en cuenta el peso de YOIGO en el mercado y que la normativa sectorial permite resolver anticipadamente el contrato y sin penalización ante este tipo de modificaciones contractuales, por ello la primera de las alegaciones debe rechazarse, en la medida en que la Dirección de Competencia ha justificado suficientemente por qué no aprecia indicios de infracción del artículo 3 de la LDC y, por lo tanto, su escrito de 26 de agosto de 2015, no es susceptible de generar indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de FACUA.

Con respecto a la infracción del artículo 1.1. a) de la LDC, cabe señalar que el escrito de FACUA de 12 de agosto 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 YOIGO, ORANGE, TELEFÓNICA y VODAFONE, 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.

QUINTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por FACUA supone verificar si el Acuerdo de la DC de 26 de agosto de 2015, ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La recurrente no alega directamente ni indefensión ni perjuicio irreparable en su escrito de recurso.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNMC, entre otras muchas, en su Resolución de 7 de febrero de 2014 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 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”*.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, 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)

Analizadas las circunstancias del caso, resulta evidente que el acuerdo de la DC de 26 de agosto de 2015, no es un acto per se capaz de producir indefensión o perjuicio irreparable a FACUA. La Dirección de Competencia no sólo informó a la recurrente que los hechos denunciados no constituían una vulneración de la LDC, sino que también le indicó cual era la normativa que podría resultar de aplicación y los organismos competentes para sustanciar la problemática que había identificado. Todo ello, sin perjuicio, de que en el supuesto de que la DC tuviera conocimiento de nuevos hechos o elementos de prueba que pudieran tipificarse como ilícitos por la LDC podría actuar de oficio.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de FACUA.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por Asociación de Consumidores y Usuarios contra el acuerdo de la DC de 26 de agosto de 2015, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la Asociación, no reuniendo por tanto los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

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.