



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 11/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, SAU, contra la Resolución relativa al conflicto de acceso presentado por Virtafon, SL, contra la recurrente (AJ 2011/146).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Resolución de 22 de diciembre de 2010.

Con fecha 22 de diciembre de 2010 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) dictó Resolución, en el expediente número RO 2009/1536, relativa al conflicto de acceso presentado por Virtafon, SL, (en adelante, VIRTAFON) contra Vodafone España, SAU (en adelante, VODAFONE).

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

<< PRIMERO.- Virtafon tiene reconocido el derecho de realizar la actividad descrita en la presente Resolución y alcanzar a esos efectos acuerdos de acceso con otros operadores en virtud de la regulación establecida a tal efecto mediante la 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.

SEGUNDO.- Una vez alcanzado un acuerdo de acceso y al disponer de los elementos de red necesarios para encaminar todas las llamadas generadas/recibidas por sus clientes y garantizar el control de la numeración que se le asigne, Virtafon podrá solicitar la numeración móvil necesaria a esta Comisión en la medida que lo requiera para la efectiva prestación del servicio descrito en la presente Resolución. >>



SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por VODAFONE.

Con fecha 21 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado en nombre y representación VODAFONE, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 22 de diciembre de 2010 a la que se refiere el antecedente de hecho primero.

VODAFONE considera que la Resolución recurrida está incurso en los vicios de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62, apartado 1 (letras a, b, e y f) y apartado 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).

La recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- La Resolución recurrida ha sido dictada sin la habilitación competencial necesaria, conforme viene establecido en el artículo 14 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).
- La Comisión no motiva suficientemente en la Resolución su intervención, sin competencia para ello, ni su decisión sobre el uso que realiza VIRTAFON de la numeración.
- La Resolución ampara un enriquecimiento injusto de VIRTAFON.
- La Resolución da cobertura a prácticas sobre el uso de numeración móvil que suponen un incumplimiento del principio de buena fe y constituyen abuso de derecho, vulnerando lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 7 del Código Civil.
- La Resolución vulnera los apartados a) y d) del artículo 3 de la LGTel.
- La Resolución avala prácticas que generan un impacto negativo en la competencia y en los consumidores.

Sobre la base de los anteriores motivos, solicita la estimación de su recurso y la declaración de nulidad de la Resolución recurrida y que se ponga ésta en el sentido de que se señale, que el uso de la numeración móvil para prestar el servicio descrito por VIRTAFON, es contrario a la legislación sectorial.

Añade, que en el supuesto de que esta Comisión no estime su recurso, se inste a VIRTAFON a comunicar al resto de operadores móviles, con una antelación mínima de 4 meses, los números concretos a través de los cuales va a prestar servicios diferentes del servicio móvil a un usuario final.

Asimismo, que conforme con lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel, se otorgue tratamiento de información confidencial a su escrito de recurso por contener información de carácter sensible que afecta a su secreto comercial y cuyo conocimiento por terceros perjudicaría gravemente sus intereses.



TERCERO.- Notificación de inicio de su tramitación.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 27 de enero de 2011, se notificó a los interesados del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

CUARTO.- Declaración de no confidencialidad.

En relación con la solicitud de VODAFONE de dar tratamiento confidencial a su escrito de recurso, solicitud en la que no ha señalado las partes de su escrito que considera confidenciales, y considerando que no se pudo determinar de oficio las partes confidenciales del mismo, previa ponderación entre el interés de la entidad en que se declare la confidencialidad de su escrito y el beneficio posible de otros operadores interesados en el expediente de referencia o terceros interesados en conocer el contenido del mismo, esta Comisión ha resuelto declararlo no confidencial por medio de Resolución del Secretario de la Comisión, de fecha 31 de enero de 2011.

QUINTO.- Alegaciones de VIRTAFON.

Por medio de un escrito, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión en fecha 2 de marzo de 2011, VIRTAFON manifiesta su conformidad con la Resolución recurrida y su rechazo a la totalidad de las alegaciones presentadas por VODAFONE en su escrito de recurso.

Asimismo, alega que si bien es cierta la ausencia de negociaciones directas entre VIRTAFON y VODAFONE, también es cierto que VODAFONE se ha pronunciado oponiéndose desde que supo que VIRTAFON y BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SAU, (en adelante, BT España) pretendían cerrar un acuerdo de interconexión que permitía extender a VIRTAFON los servicios de acceso y terminación de tráfico de telefonía móvil que VODAFONE proporciona a BT España. Oposición que, por otra parte, ha sido reconocida explícitamente ante esta Comisión.

SÉPTIMO.- Alegaciones de BT España.

Tras haber solicitado BT España, en fecha 4 de marzo de 2011, una ampliación de plazo para efectuar alegaciones al recurso interpuesto por VODAFONE, presentó un escrito, en fecha 21 de marzo de 2011, por el que manifiesta, sobre la base de varias alegaciones, su oposición a los motivos de impugnación del recurso y su conformidad con la Resolución recurrida por estimarla ajustada a Derecho.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica su escrito como recurso de reposición, y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de VODAFONE presentado el día 21 de enero de 2011 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 22 de diciembre de 2010 (RO 2010/1536).

SEGUNDO.- 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 interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento número RO 2010/1536 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a VODAFONE para la interposición de su recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por la entidad VODAFONE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.

No obstante, debe señalarse que el artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente como infringido por la Resolución recurrida, no resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En el presente caso se impugna un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general) por lo que, en virtud del principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, deberá analizarse si el acto podría resultar nulo, de



conformidad con el apartado primero del mismo precepto o anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de VODAFONE.

CUARTO.- Competencia para resolver.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las competencias de la Comisión para intervenir en la resolución de este tipo de conflictos.

VODAFONE alega que esta Comisión, en lugar de atender al principio de mínima intervención de la Administración, ha intervenido extralimitándose de sus funciones asignadas en el marco de la resolución de conflictos de acceso, invocando las competencias que le atribuye el artículo 14 de la LGTel y obviando que no puede intervenir bajo dichas competencias puesto que nunca ha existido, de manera directa, un conflicto de acceso entre VODAFONE y VIRTAFON.

La recurrente señala, en más de una ocasión en su escrito de recurso, que el artículo 11.4 de la LGTel establece que la intervención de la Comisión en la determinación de las condiciones de acceso se producirá *“única y exclusivamente cuando sea necesario”* con el objeto previsto en el citado artículo. Añade que esta Comisión ha reconocido en *“varias ocasiones”* (citando una única Resolución¹ de esta Comisión) que: *“(...) La intervención de la CMT en este tipo de conflictos debería ser la solución de último recurso (...) la intervención del regulador debería ser lo menos intrusiva posible y totalmente respetuosa con el principio de primacía de la negociación entre las partes (...)”*.

A su vez, expone la recurrente que, de conformidad con el artículo 14.1 de la LGTel y el artículo 23.3.a) del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, RMAN), esta Comisión conoce de los conflictos en materia de interconexión y acceso pudiendo intervenir, a solicitud cualquier parte, o de oficio cuando esté justificado.

Sobre la base de los anteriores artículos, VODAFONE entiende que la intervención de esta Comisión en el presente caso no está justificada puesto que, para que exista un conflicto de acceso, previamente dos o más partes tienen que haberse puesto en contacto con el objeto de llegar a un acuerdo de acceso. Según la recurrente, en el supuesto de hecho en cuestión, además de que conforme reconoce VIRTAFON *“hasta el momento no han existido negociaciones directas entre Vodafone (operador de red móvil) y Virtafon”*, esta Comisión decidió continuar con la tramitación del expediente de referencia, aun conociendo que VIRTAFON había desistido de su solicitud de inicio de procedimiento de conflicto de acceso,

¹ Resolución del Consejo de la CMT de 13 de septiembre de 2001. (DT 1999/610).



fundando su intervención “sobre la base de las conversaciones mantenidas al respecto entre BT y VIRTAFON (y no entre VODAFONE y VIRTAFON) en relación con las posibilidades de éste en calidad de OMV Prestador de Servicios de hacer uso de las facilidades de BT.”

Por lo tanto, concluye que esta Comisión ha resuelto arbitrariamente por la vía del procedimiento de resolución de conflictos, cuando a la vista de los hechos acontecidos y reconocidos por la Comisión, nunca ha existido conflicto alguno entre VODAFONE y VIRTAFON. Por estos motivos, considera que la Resolución es nula de pleno derecho de conformidad con las casos previstos en las letras b) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC -en relación con los artículo 11.4 y 14 de la LGTel- y letra a) del mismo artículo -en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE)- y artículo 63.1 del mismo texto legal.

En relación con las anteriores alegaciones procede analizar, con objeto de determinar si se ha producido la nulidad invocada por la recurrente, si la intervención de esta Comisión en el conflicto en cuestión está amparada por su potestad para intervenir en las relaciones entre operadores y si existe justificación objetiva que haya legitimado a la Comisión para continuar de oficio con la tramitación del procedimiento, una vez las partes se habían apartado del mismo.

A priori ha de recordarse lo manifestado por esta Comisión ante idénticas alegaciones realizadas por VODAFONE al Informe de Audiencia:

“(...) resulta indudable que existe una solicitud de intervención por parte de un operador – Virtafon – ante las dificultades encontradas para poder formalizar un acuerdo que le permita prestar los servicios que son objeto del presente expediente. (...) En el mismo sentido, también resulta innegable que Vodafone ha mostrado –amparado en cierta medida en la ausencia de un pronunciamiento regulatorio expreso al respecto– su total disconformidad con el desarrollo de modelos de negocio como el auspiciado por Virtafon. Dicha negativa queda puesta de manifiesto en el escrito de Virtafon mediante el cual este operador interpone el presente conflicto, así como en el propio escrito de Vodafone de fecha 10 de noviembre de 2009 por el que formula alegaciones al inicio del procedimiento, y donde señala que ha manifestado a BT su oposición, con carácter general, «a cualquier práctica consistente en la prestación de servicios mediante el uso de numeración móvil que no sea utilizado realmente para prestar los servicios para los que está siendo atribuida la numeración móvil según el Plan Nacional de Numeración [...]». La misma postura contraria a la provisión de este tipo de servicios fue expresada por Vodafone en el marco del expediente DT 2009/675, que dio lugar a la Resolución de 4 de marzo de 2010². (...)

En este marco, el objeto del conflicto – como ya recogía el informe de audiencia – es dilucidar la consideración del tipo de servicios ofertados por Virtafon en el contexto de la normativa vigente en relación con la prestación del servicio de telefonía móvil. Se busca por tanto clarificar los derechos y obligaciones de este operador y, en el mismo sentido, los derechos y obligaciones que deberán asumir operadores terceros como Vodafone (...)

Resulta por tanto innegable que esta Comisión es competente para resolver un procedimiento como el presente, sea a petición de una de las partes o incluso de oficio dada la importancia que servicios como los analizados en este procedimiento pueden tener para el desarrollo del mercado.”

² Resolución sobre la denuncia planteada por France Telecom España S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas.



El marco regulatorio comunitario de 2002 insiste³ en que los conflictos deben resolverse conforme a los principios del artículo 8 de la Directiva marco⁴, artículo que lista una serie de objetivos generales que pretenden fomentar la competencia en el mercado, contribuir al desarrollo del mismo y velar por los intereses de los ciudadanos. Aunque el artículo 14 de la LGTel no incorpora una mención expresa a dichos objetivos generales, los mismos constituyen una guía que ha de ser seguida necesariamente por esta Comisión en la resolución de conflictos al ser invocados por el artículo 11.4 de la misma Ley que, a su vez, se refieren al artículo 3 de la LGTel, artículo que establece los principios que han de regir el ejercicio de la potestad de la Comisión para resolver conflictos en materia de interconexión y acceso.

Esta potestad de la Comisión proviene del derecho y deber de los operadores, conforme lo establece el artículo 11.2 de la LGTel, de negociar la interconexión y así garantizar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios y la interoperabilidad entre redes y servicios. Por lo tanto, a pesar de que los acuerdos de acceso o interconexión son una relación privada entre las partes, confluyen ciertas obligaciones de interés público como son, entre otras, la interoperabilidad entre redes y servicios de comunicaciones electrónicas para la promoción de la competencia efectiva en el mercado de comunicaciones electrónicas y la mejora de las condiciones de acceso a los servicios por parte de los usuarios, obligaciones que justifican y hacen necesaria la intervención de esta Comisión para remover cualquier obstáculo⁵ a la consecución de los citados intereses públicos con celeridad y los medios humanos singulares de alta especialización técnica que se requieren.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, siendo exponente de dicha doctrina su Sentencia de 8 de julio de 2008 (recurso de casación 6957/2005) en la que, con cita de la anterior LGTel, declara la competencia de esta Comisión para dirimir conflictos que se produzcan en razón de que, aún tratándose de contratos privados que se establecen libremente entre las partes, están sometidos a una regulación de Derecho público.

Conforme se desprende de los hechos de la Resolución recurrida, el conflicto tuvo su origen en una solicitud de intervención de VIRTAFON al poner en conocimiento de esta Comisión la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso a las redes de telefonía móvil con las entidades VODAFONE y BT España; esto es, la barrera de entrada de la que tuvo conocimiento esta Comisión legítima su intervención con objeto de resolver el obstáculo que imposibilitaba a VIRTAFON a alcanzar un acuerdo de acceso, que tal y como más adelante se expone, supondría la puesta a disposición de determinados operadores en el mercado con la consecuente mejora de condiciones de acceso que a la postre habría de redundar en la oferta de mejores servicios de comunicaciones móviles a los usuarios.

³ En este sentido, el artículo 20 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [se ha modificado por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009]

⁴ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [Se ha modificado por el Reglamento CE 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2007, por el Reglamento (CE) nº 544/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, y por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009].

⁵ Ver artículo 3 de la Directiva de acceso que señala que *“Los Estados miembros velarán por que no existan restricciones que impidan que las empresas de un mismo Estado miembro o de Estados miembros diferentes negocien entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión, con arreglo a la legislación comunitaria.*



En contestación a la alegación de VODAFONE sobre que, en ningún momento VIRTAFON se ha puesto en contacto directamente con la recurrente, hemos de traer a colación que la existencia de un conflicto en materia de interconexión y acceso entre operadores no exige necesariamente, la apertura previa y formal de una negociación, tal y como esta Comisión ya ha manifestado⁶. Por lo tanto, aunque VIRTAFON y VODAFONE no hayan iniciado directamente negociaciones, la reiterada y expresa oposición de VODAFONE⁷ ha supuesto un obstáculo determinante para que VIRTAFON y BT España pudiera alcanzar un acuerdo de acceso.

En la Resolución de 4 de marzo de 2010 (DT 2009/675) se valoró positivamente el impacto en los consumidores del servicio propuesto por Hablamanía (servicio sustancialmente similar al propuesto por VIRTAFON salvo en el uso que se hace de la numeración móvil y, por ende, de la posibilidad de recibir llamadas) puesto que suponía la irrupción de nuevos agentes con nuevos planteamientos de negocio. Dicha valoración fue ratificada en la Resolución de esta Comisión, de fecha 8 de julio de 2010 (MTZ 2010/827) que señaló, refiriéndose al servicio ofrecido por Hablamanía, lo siguiente:

“se configura como un elemento dinamizador del mercado minorista de servicios telefónicos móviles por lo que es necesario asegurar su sostenibilidad por parte de los operadores de acceso. Por otra parte, se ha constatado que los precios minoristas de los servicios de tráfico internacional originados en redes móviles son sensiblemente superiores a sus equivalentes originados en redes fijas. Desde esta perspectiva, la aparición de servicios como el prestado por Hablamanía supone una mejora en las condiciones de acceso a dichos servicios por parte de los usuarios finales.”

De lo anterior cabe subrayar que efectivamente existe un patente interés público⁸ en promover la aparición de nuevos agentes en el mercado que proponen servicios como el descrito por VIRTAFON, en la medida en que de esta manera se fomenta la competencia en el mercado y, en especial, se mejoran las condiciones de acceso a los servicios de comunicaciones móviles de los usuarios, independientemente del uso concreto que se hiciera de la numeración móvil.

En definitiva, ha de constatar que el ejercicio de la potestad de esta Comisión para intervenir en el caso está plenamente amparada por la facultad que otorgan a esta Comisión los artículos 11.4 y 14 de la LGTel sobre la base del manifiesto interés público en garantizar la interoperabilidad de los servicios impidiendo cualquier restricción u obstáculo a la

⁶ Resolución de 4 de julio de 2002 (RO 2001/5670): “(...) la existencia de un conflicto de interconexión entre operadores no requiere la apertura formal de un período negociador entre las partes, sino sólo que se den las circunstancias para que uno de ellos entienda que debe ser el Regulador quien adopte una decisión cuando las posiciones de una u otra parte resulten difícilmente compatibles.”

⁷ Antecedente de Hecho TERCERO de la Resolución recurrida (AJ 2009/1536): Con fecha 10 de noviembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Vodafone exponiendo que en ningún momento había mantenido contacto con Virtafon para negociar un acuerdo mayorista en su red y que había manifestado a BT su oposición a cualquier práctica consistente en la prestación de servicios mediante el uso de numeración móvil que no fuera para prestar los servicios para los que está atribuida la numeración móvil en el Plan Nacional de Numeración Telefónica. Asimismo, Vodafone manifestaba que el modelo de negocio de Virtafon era equiparable a la práctica denunciada por France Telecom España S.A en el marco del expediente de DT 2009/675 que se estaba tramitando por esta Comisión en aquel momento.

⁸ Antecedente de Hecho Noveno de la Resolución recurrida: (...) se notificó a los interesados mediante escrito del Secretario la continuación del procedimiento iniciado, dada la existencia de un interés general la prestación de un servicio novedoso como el de Virtafon planteaba importantes cuestiones de fondo, que esta Comisión entendía necesario dilucidar para garantizar entre otros el fomento de la competencia efectiva y de la innovación () Dicha necesidad de resolver cobraba mayor relevancia habida cuenta de que en la Resolución de 4 de marzo de 2010 antes citada, se reconocía la importancia que servicios como los prestados por Hablamanía (y, por extensión, por terceros operadores como Virtafon) podían tener para el funcionamiento del mercado, independientemente del uso concreto que se hiciera de la numeración móvil.



negociación de acuerdos de acceso e interconexión entre empresas, tal y como hemos señalado.

Por otra parte, a la consideración de VODAFONE de que ha sido injustificado el interés en continuar con la tramitación del procedimiento aún cuando la propia VIRTAFON había desistido de su solicitud de inicio de procedimiento de conflicto, hemos de indicar que puesto que el inicio del conflicto tuvo causa en la solicitud presentada por VIRTAFON, el desistimiento de una solicitud no vincula necesariamente a la Administración, tal y como se razona a continuación.

La Sección Tercera, Capítulo IV del Título VI de la LRJPAC regula el desistimiento de solicitudes y renunciaciones de derechos. Pues bien, el artículo 91.3 de la LRJPAC establece que cuando la cuestión suscitada entrañase interés general, tal y como se notificó⁹ a los interesados y se ha puesto de manifiesto en el presente Fundamento, justifica y habilita a la Comisión para limitar los efectos del desistimiento al interesado. A lo anterior, hemos de agregar que, de conformidad con el principio de economía procesal, esta Comisión continuó con la tramitación del procedimiento resolviendo sobre el mismo.

Finalmente, respecto a la vulneración del principio de mínima intervención, hemos de contestar que, aún cuando ha manifestado esta Comisión que su “(...) *intervención en este tipo de conflictos debería ser la solución de último recurso (...)*”, la dicción literal del artículo 11.4 de la LGTel establece que esta intervención se producirá a solicitud de parte o, potestativamente de oficio, cuando esté justificado sobre la base del objeto encomendado a esta Comisión y de los objetivos previstos en el artículo 3 de la misma Ley.

Por lo tanto, en el supuesto objeto del recurso, la intervención de la Comisión está justificada, como ya se ha explicado anteriormente, sobre la base del objeto encomendado a esta Comisión y los objetivos previsto por la LGTel por lo que debe concluirse que ha sido una intervención plenamente legítima y justificada, sin que haya supuesto un quebrantamiento del principio de mínima intervención ni un acto arbitrario e incoherente con la citada doctrina de esta Comisión.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta imposición a VODAFONE de una medida de preselección o selección llamada a llamada.

La Resolución recurrida acuerda, por una parte, reconocer el derecho de VIRTAFON a negociar acuerdos de acceso y, por otro, reconocer que, una vez alcanzado el mencionado acuerdo y disponga de la capacidad de encaminar las llamadas de sus clientes pudiendo garantizar el control de numeración móvil, podrá ser asignatario de ésta.

⁹ Antecedente de Hecho NOVENO de la Resolución recurrida: Con fecha 14 de abril de 2010, se notificó a los interesados mediante escrito del Secretario la continuación del procedimiento iniciado, dada la existencia de un interés general y la necesidad de sustanciar el procedimiento para la correcta definición y esclarecimiento de los aspectos en él contenidos.

En particular, según señalaba el citado escrito, la prestación de un servicio novedoso como el de Virtafon planteaba importantes cuestiones de fondo, que esta Comisión entendía necesario dilucidar para garantizar entre otros el fomento de la competencia efectiva y de la innovación, así como el desarrollo del sector de las telecomunicaciones tal como se establece en los apartados a) y c) del artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). Todo ello, en línea con los objetivos generales y principios reguladores establecidos en el marco europeo, en particular en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Dicha necesidad de resolver cobraba mayor relevancia habida cuenta de que en la Resolución de 4 de marzo de 2010 antes citada, se reconocía la importancia que servicios como los prestados por Hablamanía (y, por extensión, por terceros operadores como Virtafon) podían tener para el funcionamiento del mercado, independientemente del uso concreto que se hiciera de la numeración móvil.



VODAFONE en su escrito de recurso hace continua referencia a *“la medida acordada en la Resolución recurrida”* sin que en ningún momento concrete a qué medida se refiere, no obstante, esta Comisión, haciendo una labor interpretativa de lo que se desprende del conjunto de su recurso, entiende que la recurrente parece referirse a lo acordado por la Resolución recurrida en cuanto que habilita la puesta en marcha del servicio de VIRTAFON. Esta puesta en marcha le supone, a juicio de la recurrente, una obligación indirecta de preselección o selección de llamada a llamada sin que la Comisión tenga competencias para ello, sin ningún tipo de salvaguarda regulatoria de análisis de mercado y sin que la Comisión haya expuesto los motivos por los que considera que la medida no es un servicio de preselección.

Estos motivos de impugnación ya fueron manifestados por VODAFONE en su escrito de alegaciones a las que respondió esta Comisión en la Resolución recurrida exponiendo los motivos por los que no cabe considerar que el servicio de VIRTAFON suponga una funcionalidad de preselección ni una imposición de medida regulatoria a operador alguno. No obstante, la recurrente continúa considerando como insuficiente dicha contestación insistiendo en que por este motivo la Resolución recurrida está incurso en las causas de nulidad previstas en los artículos 62.1 b) y f) de la LRJPAC.

Todas las alegaciones de VODAFONE al respecto son una reiteración de las ya presentadas con anterioridad que fueron suficientemente contestadas en el acto impugnado aunque, según se desprende de su recurso, discrepa con la contestación. No obstante, esta Comisión se reafirma en lo ya manifestado subrayando que ni a VODAFONE ni al resto de operadores móviles se les ha impuesto obligación alguna de selección de llamada a llamada, preselección o acceso indirecto.

La recurrente insiste en que la medida no sólo le supone una obligación de preselección sin que esta Comisión haya observado el marco normativo previsto para imponer ésta -art. 13 del RMAN-, sino que es aún más onerosa, por cuanto que no sólo tendrá que permitir realizar llamadas sino también recibirlas.

Esta Comisión coincide con la recurrente en cuanto a que para imponer una obligación como la señalada en su escrito debe observarse el marco normativo aplicable. No obstante, no resulta de aplicación el artículo 13 MAN para imponer lo acordado en la Resolución recurrida. Dicho artículo está previsto para la imposición de una obligación a operador designado con PSM en el suministro de conexión a la red telefónica pública y la utilización de ésta desde una ubicación fija (en la actualidad, Telefónica de España, SAU). La Resolución recurrida no supone la imposición de tal obligación porque, por una parte, el servicio opera en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil y, por otra, porque técnicamente el servicio no es una modalidad de preselección, puesto los operadores no deben realizar ningún tipo de cambio de red, ni en su operativa, ni en la prestación de sus servicios, para que la actividad descrita por VIRTAFON pueda desarrollarse.

VODAFONE añade que la medida tiene los mismos efectos prácticos que la preselección, por cuanto que en el servicio de VIRTAFON, el usuario elige el operador que cursa la llamada desde el punto de interconexión en el que el operador de acceso se la entrega al operador seleccionado con la diferencia de que la llamada es facturada al usuario por su operador de acceso al precio de una llamada móvil.



En contraposición a lo alegado por la recurrente, la Resolución no supone la imposición de una obligación de preselección o selección llamada a llamada por cuanto que en aquéllas, la llamada es facturada por el operador seleccionado por el usuario final, selección que debe permitir el operador de acceso (al que previamente se le ha impuesto la obligación descrita en el art. 13 RMAN) para proporcionar un acceso indirecto a la red del operador que curse la llamada. En cambio, en el servicio de VIRTAFON, aprovechando la conectividad que poseen los distintos terminales de cada red pública de telefonía móvil mediante la SIMDIALER instalada para llamar a la red de VIRTAFON, es la SIMDIALER la que encaminará la llamada hacia el destino solicitado por su cliente. Las llamadas se podrán originar y encaminar desde un cliente de cualquier operador móvil del mercado y serán facturadas en dos tramos (a diferencia de lo que ocurre en un servicio de acceso donde solo actuaría el operador seleccionado): i) el tramo comprendido desde el abonado móvil hasta la red de VIRTAFON (cuyo tramo será facturado por el operador móvil del cliente de VIRTAFON al precio de una llamada móvil, independientemente de si el destino último de la llamada es un número móvil, fijo nacional o internacional); y ii) el tramo correspondiente desde la red de VIRTAFON a la red de la numeración destino que el usuario desee (cuyo tramo será facturado por VIRTAFON según sus precios minoristas).

Por todo lo anterior que no puede considerarse que la puesta en marcha del servicio de VIRTAFON suponga la imposición de una obligación de preselección o selección llamada a llamada que requiera del preceptivo procedimiento previsto en el RMAN ni más aún, que el hecho de que el servicio propuesto por VIRTAFON permita asimismo recibir llamadas, le suponga una obligación añadida por cuanto que es un servicio complementario de VIRTAFON al ofrecer numeraciones sin cambiar de terminal ni de SIM, hecho que proporciona valor añadido a los servicios disponibles para los usuarios.

TERCERO.- Sobre la presunta vulneración de la normativa sectorial de uso de la numeración.

Alega VODAFONE que esta Comisión, al declarar que se podrá atribuir numeración móvil para el servicio descrito por VIRTAFON, se ha extralimitado de sus funciones de gestión y control del Plan Nacional de Numeración (PNN), arrojándose competencias de atribución de numeración que le corresponden al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. También, señala que el uso de la numeración que realiza VIRTAFON no se corresponde con un uso válido de la numeración atribuida a comunicaciones móviles, de conformidad con el PNN, ni supone un uso eficaz de la misma, al utilizar dos números móviles para la identificación de un único terminal y una única componente del servicio móvil disponible al público. Además, tampoco permite identificar el servicio prestado a través de la numeración que se le asigne ni el nivel tarifario asociado a la misma.

Considera que la Comisión, con objeto de justificar el uso de la numeración que realiza VIRTAFON, se limitó a enumerar otros servicios que también utilizan numeración móvil sin que tal comparación sea posible.

Considera VODAFONE que no se puede comparar el servicio de VIRTAFON con el servicio "Wireless Office" (WO) por existir diferencias sustanciales como, por ejemplo, la compatibilidad del segundo con el PNN, el hecho de que el servicio WO permite identificar el servicio prestado y el esquema tarifario a través de la numeración utilizada y que la redirección de tráfico fijo-móvil del WO genera un valor añadido a los usuarios además de resultar innovador sin perjudicar ni a usuarios ni a terceros operadores.



Continúa manifestando que tampoco puede compararse el servicio de VIRTAFON con servicios como las máquinas de vending o los servicios de videovigilancia puesto que son servicios Máquina a Máquina (M2M) nómadas al no tener ubicación predeterminada, de ahí la necesidad de que su acceso sea móvil y la justificación de que el pago sea por terminación en una red móvil.

Por todo cuanto antecede, considera que la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad de pleno derecho prevista en las letras b) del artículo 62.1 LRJPAC, en la letra f) del mismo artículo (y subsidiariamente causa de anulabilidad prevista en el artículo 63.1 de la LRJPAC) en relación con las letras a) y d) del artículo 3 de la LGTel, el artículo 38 y el Anexo del RMAN (PNN).

De manera previa hemos de señalar que lo relativo a la vulneración de lo previsto en el artículo 3 a) de la LGTel, será objeto de análisis en otro Fundamento de Derecho de la presente Resolución.

Por lo que se refiere a la gestión de los recursos de numeración, direccionamiento y denominación, además del marco común que establecen las Directivas, la LGTel regula en sus artículos 16 a 19 los principios que deben regir la gestión de estos recursos. En concreto, el artículo 16 establece un reparto de competencias en materia de gestión de la numeración resultando distribuidas entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, competente para la elaboración y aprobación de los planes nacionales de numeración, encaminamiento y direccionamiento; y esta Comisión, a la que se atribuye la gestión y control de los mismos.

El RMAN define el concepto de **gestión** de los recursos públicos de numeración en su artículo 36 como *“su asignación a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, en los términos que en él se especifican”*.

No obstante, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de marzo de 2009 (RJ\2009\2842) señala que la **gestión** *“supone algo más que la mera asignación de los números a los operadores, y debe comprender toda actividad que es ejecución del Plan [Nacional de Numeración] o lleve a su realización”*.

En relación con el concepto de **control** de los Planes Nacionales de Numeración, aunque no existe en la normativa sectorial una definición concreta de lo que implica esta función, del artículo 40¹⁰ del RMAN puede inferirse que este control implica **velar por la adecuada utilización de los recursos de numeración asignados a los operadores**.

Sobre la base del anterior régimen expuesto, podemos confirmar que, efectivamente, la Resolución impugnada se limita a reconocer el derecho de VIRTAFON a ser asignatario de numeración móvil en la medida en que su servicio lo requiera, hecho que supone el ejercicio de la competencia legalmente atribuida a esta Comisión de control del PNN bajo los principios y objetivos previstos por el artículo 3 de la LGTel.

¹⁰ Artículo 40. Control de los recursos asignados. 1. *El organismo encargado de la gestión de cada plan velará por la adecuada utilización de los recursos asignados a los operadores, de acuerdo con los procedimientos de control que determine el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.*



Esta Comisión desconoce los motivos por los que, la recurrente, por un lado, alega esta falta de competencias de la Comisión y en otro apartado de su recurso, reconoce que lo que lleva a cabo la Comisión en su Resolución no es la atribución de numeración a un determinado servicio sino adoptar una decisión relativa a si el uso de una determinada numeración es o no conforme con la normativa. En este sentido se expresa, en la página 15 de su escrito, cuando argumenta sobre la falta de motivación de la resolución, en el siguiente sentido:

“Y ello es así, porque la CMT no ha fundamentado debida y correctamente, (...) su decisión de que el uso de la numeración que realiza VIRTAFON se corresponde con un uso válido de la numeración atribuida para comunicaciones móviles (...)” (subrayado añadido).

También, procede recordar el hecho de que VODAFONE haya acudido en otras ocasiones ante la Comisión para que determinara si la numeración de su servicio WO era o no conforme a la regulación, y qué requisitos eran necesarios para su prestación, reconociendo con ello las competencias de la Comisión a tal efecto.

En cuanto a que el uso de la numeración que realiza VIRTAFON no se corresponde con un uso válido de la numeración atribuida a comunicaciones móviles en el PNN, hemos de señalar que esta Comisión, en ejercicio de su competencia de control del PNN, está facultada para interpretar la normativa relativa al uso de la numeración bajo los principios y normas generales de uso de la numeración de las comunicaciones electrónicas, según se extrae del siguiente marco normativo:

El artículo 17.1 de la LGTel establece lo siguiente: *“los Planes Nacionales y sus disposiciones de desarrollo designarán los servicios para los que puedan utilizarse los números (...), incluido cualquier requisito relacionado con la prestación de tales servicios”*. En este sentido, el PNN establece unos principios y normas generales de uso y atribuye los números de nueve dígitos que empiezan por 6 para servicios de comunicaciones móviles. En desarrollo de lo anterior, el PNN establece en sus apartados 4 y 7 lo siguiente:

“Apartado 4. Número nacional.

4.4. Los valores del dígito N se atribuyen inicialmente de la siguiente forma:

N= 6. Servicios de comunicaciones móviles.

(.....)

Apartado 7. Rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles.

7.1. El presente plan de numeración atribuye inicialmente el segmento n = 6 al rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles.”

En ejercicio de dicha competencia esta Comisión ya indicó en la Resolución de 4 de marzo de 2010¹¹ y, posteriormente, en la Resolución recurrida de 22 de diciembre de 2010, que la valoración de servicios que no conlleven la movilidad de forma intrínseca no se debe realizar desde una interpretación inflexible del PNN, hecho que no implica necesariamente que el uso de numeración móvil por parte del prestador de dicho servicio de comunicaciones electrónicas sea inadecuado en un momento y entorno tecnológico como el actual en el que está sucediendo una creciente convergencia de redes y servicios. Para aceptar un determinado uso de la numeración, se deben tener presentes aspectos ya analizados en la Resolución de 22 de diciembre de 2010, como son los precios de interconexión y arbitraje, y

¹¹ Expediente DT 2009/675



su impacto en la competencia y en los derechos de los usuarios además de los aspectos técnicos¹² del servicio propuesto.

Así, esta Comisión, teniendo presentes los aspectos referidos en el anterior párrafo y lo establecido en la normativa nacional y comunitaria, ha permitido, en el marco de sus competencias, que se pueda emplear numeración móvil para la actividad descrita por VIRTAFON, como en su momento se hizo mediante la Resolución de 15 de marzo de 2007 con el servicio de WO¹³ o mediante la Resolución del 4 de marzo de 2010 para el acceso a servicios de encaminamiento de tráfico internacional (Hablamanía).

De hecho, la aplicación de los principios y normas generales de uso de numeración por parte de esta Comisión ha permitido que hayan aparecido servicios de gran éxito comercial en el mercado que beneficia la posibilidad de elección de ofertas variadas a los usuarios finales, tal y como ocurrió con el citado servicio de VODAFONE.

Por otra parte, y en relación a un supuesto uso indebido de la numeración, VODAFONE también pone de manifiesto que tras la decisión de la Comisión, en el marco del procedimiento DT 2009/675¹⁴, el uso de los recursos públicos de numeración ha derivado en el uso de numeración móvil «*como servicio de acceso a servicios de tarificación adicional para adultos, tal y como se acreditó en dicho expediente*».

Conforme se indicó en el Informe de Audiencia, lo relativo al uso de numeración móvil para la prestación de determinados servicios, ya sean de adultos o no, se está tramitando por esta Comisión un procedimiento sobre la prestación de servicios mediante el uso de numeración móvil de BT España¹⁵, por consiguiente, dicha alegación es objeto de un procedimiento específico y no es relevante en aras de la resolución del presente expediente.

En relación con la alegación relativa a que la actividad de VIRTAFON supone un uso ineficiente de la numeración, puesto que se utilizan dos números móviles para la identificación de un mismo usuario con un único terminal y una única componente del servicio móvil, esta Comisión coincide con VODAFONE en que la numeración es un recurso escaso y debe ser gestionada y empleada de la forma más eficiente posible, no obstante, considera inaceptable que la aplicación rigurosa de las reglas de gestión de la numeración pueda generar barreras de entrada en un mercado que se pretende que sea lo más competitivo y dinámico posible, como es el mercado de las comunicaciones móviles. Es por ello, que cada operador debe tener derecho a obtener la numeración que estrictamente requiera para prestar de forma efectiva su actividad.

¹² La Resolución recurrida viene a establecer, como requisitos técnicos, que una vez VIRTAFON tenga firmado un acuerdo de acceso, y en la medida en que 1) el servicio de VIRTAFON ofrece la posibilidad de enviar y recibir llamadas en terminales móviles a través de un número móvil instalado y configurado en la SIMDIALER del terminal móvil de su cliente que se asociará al número que el abonado dispone de su operador móvil; 2) que VIRTAFON dispone de medios propios de red para cursar el tráfico telefónico entrante y saliente de sus clientes; y 3) que dispone de los elementos de red necesarios para el control de la numeración que emplee, precisará de numeración móvil y podrá ser asignatario de ésta.

¹³ Resolución de 15 de marzo de 2007 sobre la modificación de los recursos de numeración geográfica asignados a Vodafone para su utilización en el servicio Wireless Office (Oficina Vodafone).

¹⁴ Resolución de la CMT de 4 de marzo de 2010, por la que se dio respuesta a la denuncia planteada por France Telecom España, S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas, en la que consideraba que el empleo de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de reencaminamiento de tráfico internacional es conforme a la normativa sectorial.

¹⁵ Correspondiente al expediente: RO 2010/891.



Aunque tal y como indica VODAFONE el cliente de VIRTAFON será identificado mediante dos números del PNN, dicho usuario podrá elegir el operador que mejor le convenga según las ofertas comerciales y tipo de servicios complementarios que le proporcionen. En el mercado ya existen servicios similares al descrito, donde la entidad Fonyou¹⁶ asocia un número móvil a cada uno de sus usuarios registrados en su portal de Internet, mediante el citado número el usuario puede acceder a diversos servicios avanzados configurables desde su página personal, como la configuración del buzón de voz o una agenda online para guardar sus contactos, obteniendo así servicios complementarios de lo que ha sido hasta la actualidad el servicio telefónico móvil disponible al público.

Por otro lado, Movistar¹⁷ ha lanzado recientemente un servicio que consiste en proporcionar a sus clientes un segundo número móvil sin necesidad de cambiar de terminal con la finalidad de que sus abonados puedan realizar cierto tipo de gestiones con una numeración que no sea la habitual para la publicación de anuncios, la búsqueda de empleo, etc., en este caso, un mismo abonado pasa a ser identificado mediante dos números móviles del mismo operador, ofreciendo de esta forma a sus abonados un segundo número para establecer comunicaciones que de otra forma el usuario llevaría a cabo por otros medios.

Asimismo, la propia entidad VODAFONE¹⁸ ha lanzado comercialmente un servicio equivalente al ofertado por Movistar, donde se proporcionan dos números móviles para identificar un único terminal y una única componente del servicio móvil del propio operador, precisamente este hecho ha sido denunciado por la recurrente en el presente Recurso.

En definitiva, en contra de las afirmaciones de la recurrente, el servicio descrito por VIRTAFON no supone un uso ineficiente de la numeración, más aún cuando terceros operadores –incluyendo la propia VODAFONE– ofertan comercialmente servicios de características similares, proporcionando a sus abonados la posibilidad de disponer de una segunda numeración móvil.

Por otra parte, dando contestación a VODAFONE cuando manifiesta que a su juicio el uso de la numeración que realiza el servicio de VIRTAFON no permite identificar el servicio prestado ni el nivel tarifario asociado a la numeración, hemos de traer a colación lo expuesto con anterioridad sobre el esquema tarifario del servicio cuestionado. Si un usuario marca a un número asignado a VIRTAFON, se le aplicará el esquema tarifario que tenga contratado con su operador móvil para llamadas a numeración móvil. Ahora bien, si un usuario de VIRTAFON y desde la numeración de VIRTAFON llama a un número móvil o fijo en España o de fuera de España, el usuario asume, desde que contrató el servicio de VIRTAFON, que esa llamada se tarificará o le será facturada en dos tramos: el tramo comprendido desde el abonado móvil hasta la red de VIRTAFON (cuyo tramo será facturado por el operador móvil del cliente de VIRTAFON al precio de una llamada móvil, independientemente de si el destino último de la llamada es un número móvil, fijo nacional o internacional) y el tramo correspondiente desde la red de VIRTAFON a la red de la numeración destino que el usuario desee (cuyo tramo será facturado por VIRTAFON según sus precios minoristas).

¹⁶ Resolución sobre la denuncia planteada por Virtafon S.L. acerca de la compatibilidad del servicio prestado por Fonyou Telecom S.L. con el uso de la numeración móvil (DT 2010/241).

¹⁷ <https://segundalinea.movistar.es/beta/inicio.do>

¹⁸ <http://www.vodafone.es/particulares/es/moviles-y-fijo/servicios/servicios-de-voz/linea-libre/>



Por lo tanto, la afirmación no se ajusta a la realidad puesto que existe transparencia en cuanto a la tarifa a la que deberá hacer frente el usuario llamante y la numeración permite identificar el servicio prestado por VIRTAFON de recibir y realizar llamadas a través de redes móviles con independencia del servicio añadido que ofrece VIRTAFON.

Por último, en cuanto a las aludidas por la recurrente comparaciones improcedentes que realiza esta Comisión debe incidirse que, respecto de las máquinas de vending y de los servicios de videovigilancia, esta Comisión no hace una comparación entre servicios sino que se limita a recordar la contestación dada sobre el uso de numeración móvil por parte de servicios que no implican necesariamente movilidad, como sucede en el servicio de VIRTAFON, apuntando que tal uso de la numeración móvil no resulta per se inadecuado, en especial en el entorno actual donde existe una clara tendencia hacia la convergencia de redes y servicios, lo que conlleva que la división entre servicios móviles y fijos y, por ende, entre numeración geográfica y móvil tienda a diluirse¹⁹.

En cuanto al servicio WO, efectivamente sí se realiza una comparación que resulta procedente por cuanto que ese servicio tiene características similares al servicio de VIRTAFON. No obstante, conviene aclarar que dicha comparación se realizó a los efectos de justificar el uso eficaz de la numeración al utilizar dos numeraciones para la identificación de un único usuario.

Conforme se expone en la Resolución recurrida en relación con el servicio WO, la utilización de la numeración geográfica junto con la numeración móvil por parte de VODAFONE, aunque no respondía al uso «tradicional de la numeración», se concluyó que era adecuada para la prestación del servicio de VODAFONE, ya que era el usuario el que aceptaba libremente las características y limitaciones del servicio, siéndole prestado un servicio de valor añadido. Asimismo, dicho uso no suponía impacto alguno para terceros operadores, en particular en el ámbito de la portabilidad geográfica.

Esto mismo cabe concluir respecto del servicio de VIRTAFON en vista de la similitud entre ambos supuestos, similitud que se apoya en los siguientes aspectos:

- I. El servicio WO, en un único terminal permite la prestación de un servicio móvil y un servicio fijo, cada uno de ellos identificado por la correspondiente numeración. El servicio de VIRTAFON permite tener, en un mismo terminal, dos numeraciones móviles distintas, permitiendo al usuario elegir el operador que curse su llamada.
- II. En ambos servicios el desvío es asumido por el usuario que lo ha contratado, y por tanto es transparente respecto a éste.
- III. Existe transparencia en cuanto a la tarifa que deberá hacer frente el usuario llamante a estos servicios, ya que a éste le facturarán la tarifa que tenga establecida el operador correspondiente al número marcado, con independencia de que el número marcado esté finalmente desviado a otro número de características distintas.

En consecuencia, el servicio WO, al poseer características análogas a las que presenta el servicio objeto de conflicto, se erige como una buena justificación y precedente para la Resolución impugnada y lo señalado respecto de servicios que no implicaban

¹⁹ Por ejemplo, Dinamarca, Estonia e Islandia ya han suprimido la numeración geográfica de sus respectivos planes nacionales de numeración telefónica, según señala el documento del ERG «ERG (09) 09 VoIP Action Plan».



necesariamente movilidad, como las máquinas de vending o los servicios de videovigilancia, la asignación de numeración móvil no supone una asignación inadecuada.

Sobre la base de todo lo anterior, cabe concluir que la Resolución recurrida no vulnera la normativa respecto al uso de la numeración móvil ni ampara un uso ineficaz de ésta.

CUARTO.- Sobre la presunta infracción de los principios del apartado a) del artículo 3 de la LGTel.

A juicio de VODAFONE, la Resolución recurrida es nula de pleno derecho por estar incurso en la causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC en relación con la letra a) del artículo 3 de la LGTel porque va en contra del objeto encomendado a esta Comisión de salvaguardar, en beneficio de los usuarios, las condiciones de competencia efectiva en el mercado y velar por la igualdad, transparencia y la correcta formación de los precios en el mismo.

La recurrente funda este motivo sobre la base de que el reconocimiento que realiza esta Comisión del derecho de VIRTAFON a prestar su servicio, no fomenta la innovación ni el crecimiento del mercado y, por el contrario, conlleva un perjuicio para los usuarios, tanto económico como de garantías de prestación del servicio.

A priori, debemos señalar que la recurrente reitera los argumentos esgrimidos en la fase de alegaciones de la elaboración de la decisión recurrida, por lo que han de darse por reproducidos y aplicables los argumentos y razones allí esgrimidos. No obstante, se procederá a dar contestación nuevamente.

Considera que el servicio de VIRTAFON no fomenta la innovación, por cuanto que no se trata de un servicio novedoso debido a la similitud con el servicio de preselección o selección llamada a llamada, falta de innovación que ya ha sido puesta de manifiesto por la Comisión en la Resolución que puso fin al expediente RO 2009/1174, de 10 de diciembre de 2009, donde se señala que: *“(...) En resumen, la actividad que describe Virtafon se puede considerar un servicio propio de red inteligente con capacidad para personalizar servicios de llamadas a sus clientes. Dado que requiere un número del PNNT por cada cliente, esta Comisión considera que la numeración que más se ajustaría para la prestación de este tipo de servicios es la numeración personal descrita en el apartado 8 del PNNT aprobado por el Reglamento de Mercados, caracterizada por tener las cifras NX=70 de la secuencia NXYABMCDU”* y que el servicio no supone una evolución tecnológica hacia la convergencia.

Por lo tanto, concluye que la innovación no se encuentra en el propio servicio sino en la regulación y criterios que la Comisión está utilizando al analizarlo.

Ha de rechazarse esta conclusión puesto que la Resolución recurrida no es una innovación en la regulación en razón de la aplicación de un criterio distinto al expuesto en la contestación a la consulta planteada por VIRTAFON, criterio que ya fue aplicado en la Resolución de 4 de marzo de 2010. Es precisamente el fomento de modelos de negocio innovadores tales como el que ahora es objeto de controversia el motivo por el que se varió la línea decisoria de esta Comisión.



Por lo tanto, resulta evidente la innovación en cuanto a los modelos de negocio de los servicios de reencaminamiento del tráfico telefónico generado desde terminales móviles ya que permite al usuario disponer de tarifas más ventajosas además de que, conforme se apuntó en la Resolución recurrida: *“El empleo de numeración móvil y las condiciones de movilidad en que presta el servicio (el cual está asociado al terminal móvil empleado por el usuario) permite que los clientes potenciales de Virtafon lo perciban como un servicio móvil distinto de los servicios que puedan ofrecer otros operadores móviles a partir del mismo terminal móvil, o incluso como un servicio complementario que asegura la puesta a disposición de un segundo número para el usuario.”*

En relación a la alegación de falta de innovación debido a la similitud del mismo con el servicio de preselección o selección llamada a llamada, ésta ya fue contestada en el Fundamento de Derecho Segundo por lo que ha de ser rechazada sobre la base de lo expuesto en el citado Fundamento de Derecho.

En cuanto a la pretendida contradicción que se desprende de lo acordado por la Resolución recurrida en relación con lo señalado por la Comisión en el párrafo que la recurrente cita de la Resolución de 10 de diciembre de 2009, ha de aclararse que esta última Resolución da contestación a una consulta que no necesariamente tiene que vincular al Consejo de la Comisión al momento de tomar una decisión sobre una cuestión que se le plantee, aún cuando ésta sea de naturaleza similar.

Afirmar que las consultas que resuelve esta Comisión vinculan necesariamente y sine die sus decisiones posteriores supondría una limitación del ejercicio discrecional del que goza²⁰ esta Comisión en el ejercicio de sus funciones encomendadas por la LGTel como norma imperativa del cumplimiento de los fines de la Comisión, atendiendo no solo a los intereses de los operadores sino de la totalidad del mercado y de los consumidores así como respetando al ordenamiento jurídico. Esta limitación impediría, a la postre, la necesaria actualización de la regulación del sector a su evolución en concordancia con su realidad temporal.

Incluso, los criterios decisorios del Consejo de esta Comisión pueden variar respecto de otra decisión previa sobre el mismo o similar objeto, siempre y cuando dicho cambio esté bien motivado y justificado conforme prevé la letra c) del artículo 54.1 de la LRJPAC. En este sentido se ha manifestado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo señalando²¹, incluso, que *“la Administración no sólo no puede, sino que debe separarse de aquellos precedentes que considere erróneos o contrarios a Derecho. Mantener otro criterio sería tan absurdo como obligar a la Administración a perpetuar indefinidamente situaciones de ilegalidad, o no ajustadas a los intereses generales, por vinculación de actuaciones previas erróneas. Ahora bien, para garantizar los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la Administración, y para que la Administración no desconozca sus propios actos, la separación del precedente exige una singular motivación, y así se establece en el artículo 54.1 c) de Ley 30/1992, motivación que debe justificar el cambio de criterio frente al interesado.”*

²⁰ STS de 4 de marzo de 2008 con número de referencia Westlaw RJ 2008\1748: *“la Administración ejerce aquí una potestad discrecional, potestad que ha sido conferida por la Ley como instrumento para obtener una finalidad específica, que puede aparecer expresamente contenida en la norma o estar implícitamente recogida en ella.”*

²¹ STS de 8 de octubre de 2008 (RJ 2008\5636).



Asimismo sucede, por ejemplo, en el ámbito de los Tribunales de Justicia cuando se apartan de líneas jurisprudenciales anteriores según se desprende de, por ejemplo, la siguiente Sentencia²² del Tribunal Supremo:

“Según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (...), los órganos judiciales pueden legítimamente apartarse del criterio seguido anteriormente por ellos mismos en supuestos similares siempre que lo hagan motivadamente y, como es obvio, siempre que dicha motivación no sea irrazonable.”

Ha de tenerse en cuenta que la Resolución de 10 de diciembre de 2009 a la que alude VODAFONE en su recurso, es anterior a la Resolución de 4 de marzo de 2010 que es precedente necesario a la Resolución recurrida, conforme se cita en su Antecedente de Hecho Noveno que prevé que una vez analizado el servicio ofertado por Hablamanía, de acuerdo con una interpretación teleológica de lo que el legislador pretende del marco normativo sectorial, a la luz de sus objetivos y principios, se reconocía la importancia que servicios como los prestados por Hablamanía (y, por extensión, por terceros operadores como VIRTAFON) podían tener para el funcionamiento del mercado, independientemente del uso concreto que se hiciera de la numeración móvil.

Precisamente en el supuesto de que esta Comisión hubiera tomado una decisión sobre el servicio de VIRTAFON en el sentido expuesto en la contestación a la consulta planteada por la misma operadora, esta Comisión estaría contraviniendo lo resuelto en su Resolución de 4 de marzo de 2010 y, asimismo, lo previsto en el artículo 3 de la LGTel al no garantizar la mejor consecución de los intereses generales que motivan su existencia al limitar el uso de numeración móvil por parte de servicios como el de VIRTAFON. En este mismo sentido, ya se manifestó²³ esta Comisión en su Resolución de 16 de septiembre de 2010 (AJ 2010/608).

Por lo tanto, la Resolución recurrida da cumplimiento a los preceptos del marco normativo sectorial que demandan al regulador actuaciones dirigidas al fomento de la innovación y el dinamismo en el mercado y la salvaguarda de la pluralidad de oferta de servicios.

Por otra parte, VODAFONE considera que la Resolución recurrida no fomenta la competencia efectiva en el mercado debido al impacto negativo que el servicio de VIRTAFON ocasiona en la competencia a nivel mayorista, en la propia VODAFONE y en los usuarios finales.

En relación con el impacto a nivel mayorista, alega que la utilización de numeración móvil por el servicio de VIRTAFON impacta en la medida en que su servicio atrae a la población inmigrante solapando, de este modo, el nicho de mercado de los OMVs, hecho reconocido

²² STS de 15 enero 2010 (RJ 2010\3040)

²³ Página 26 de la Resolución de 16 de septiembre de 2010 (AJ 2010/608): *“Si fue la propia evolución de los servicios la que llevó a la Comisión a flexibilizar la tradicional conexión entre los números geográficos y los números de terminación de red en el caso Wireless Office, en el presente caso la evolución del mercado requiere nuevamente de este tipo de flexibilización y de una interpretación del marco regulador que permita su adaptación al entorno actual con la finalidad de favorecer la evolución tecnológica y la implantación de modelos de negocio innovadores que fomenten la competencia, tal y como por otra parte señala la propia Vodafone en su recurso.*

A mayor abundamiento, el artículo 3.1 del Código Civil, cuerpo normativo plenamente aplicable en el ámbito del derecho especial en el que nos encontramos, prevé que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Por tanto, en el presente caso no puede considerarse que haya existido una infracción del marco normativo sectorial sino de una aplicación del mismo coordinada con los principios y objetivos básicos que debe promover esta Comisión en su función de promoción de la competencia.”



por la Comisión en la pg. 13²⁴ de la Resolución recurrida. Añade que el servicio de VIRTAFON se basa en el cobro de un servicio no prestado gracias a la utilización indebida de la numeración y en el aprovechamiento de las tarifas minoristas basadas en tarifas planas, a diferencia de los OMV quienes han de tener un canal comercial y proveer de un acceso mediante una tarjeta SIM a sus clientes, diseñar y actualizar planes de precio y promociones, etc.

Esta Comisión ya dio contestación a alegaciones idénticas, tanto en la Resolución de 4 de marzo de 2010, en relación al servicio de Hablamanía, como en la Resolución ahora recurrida respecto al servicio de VIRTAFON.

La Resolución de 4 de marzo de 2010 señala lo siguiente:

“Por lo que se refiere a los OMVs cuyo nicho de mercado es coincidente con los operadores de tarjetas internacionales, la irrupción de este tipo de soluciones, tal como indica Vodafone, supone una competencia directa a su modelo de negocio, en tanto compiten por precio al igual que los citados OMVs pero sin incurrir en los costes a los que ellos tienen que hacer frente (costes por la utilización de la red del operador anfitrión, costes de facturación, etc.).

De hecho, alguno de los operadores mencionados por Hablamanía en su escrito de 21 de mayo de 2009 como operadores que ofrecen servicios de terminación de llamadas internacionales se han constituido como OMV²⁵, prestando mediante esta modalidad servicios al citado nicho de mercado. Asimismo, existen otros OMV, no referenciados en el citado escrito, cuyo principal mercado objetivo también se centra en el colectivo inmigrante, (...)

Sin embargo cabe señalar que los operadores que han optado por constituirse como OMVs para prestar este tipo de servicios han apostado por un modelo de negocio que está un peldaño por encima en la escalera de inversión. Esto hace que ciertamente tengan unos mayores costes (acuerdo de acceso con el operador móvil anfitrión, comercialización de tarjetas SIMs, facturación etc.) pero por el contrario también dispongan de ciertos beneficios en relación con la opción escogida por los operadores de tarjetas. En particular, los OMVs pueden conformar un esquema de tarifas totalmente independiente del precio de terminación de las llamadas móviles y de las tarifas minoristas que ofrezcan los operadores móviles, mientras que el modelo analizado en el presente expediente tal como ya se ha señalado se basa en las tarifas minorista que ofrezca en cada momento el operador móvil con el que tiene contratado el servicio el usuario. Asimismo los OMVs cursan todo el tráfico generado por el cliente y no sólo una parte del mismo, no siendo necesaria ninguna acción por parte del usuario para que el tráfico se curse a través de él. Por el contrario, el modelo analizado se basa en una doble marcación por parte del usuario, condicionando de este modo el acceso.

En consecuencia, podemos afirmar que aunque los dos modelos compiten por el mismo segmento de mercado son modelos complementarios, quedando en el ámbito de decisión de cada uno de los operadores el modelo que mejor se adapte a sus pretensiones y plan de negocio. De hecho la existencia de varios modelos mediante los que se cubren un mismo segmento de mercado fomenta la competencia al permitir que un mayor número de actores con distintas capacidades de inversión compitan el mercado.

²⁴ “En el ámbito **mayorista**, el uso de este servicio puede impactar en particular en los distintos OMR y OMV que operen en un segmento de mercado similar al cubierto por Virtafon.”

²⁵ Orbitel Comunicaciones Latinoamericanas S.A. fue inscrito como OMV prestador de servicio mediante resolución de 18 de febrero de 2008, disponiendo de numeración subasignada desde el 19 de diciembre de 2009. The Phone House Móvil, S.L.U. (Happy Movil) fue inscrito como OMV prestador de servicio mediante resolución de 19 de octubre de 2006, disponiendo de numeración subasignada desde el 25 de enero de 2007.



En consecuencia se puede concluir que mediante que el servicio objeto de estudio se aumenta a nivel mayorista el nivel de competencia existente en el nicho de mercado de llamadas internacionales para abonados móviles.”

Por su parte, lo apuntado al respecto en la Resolución recurrida no es un reconocimiento de esta Comisión de un supuesto impacto negativo del servicio de VIRTAFON en el mercado mayorista, más bien al contrario. La citada Resolución expone, a continuación del párrafo al que hace referencia la recurrente, lo siguiente:

“En particular, los OMVs que hasta la fecha han venido operando en el mercado pueden conformar un esquema de tarifas totalmente independiente del precio de terminación de las llamadas móviles y de las tarifas minoristas que ofrezcan los operadores móviles. Asimismo, los OMVs facturan todo el tráfico generado por el cliente y no sólo una parte del mismo, no siendo necesaria por tanto ninguna acción por parte del usuario para que el tráfico se facture a través del OMV.

En consecuencia, se puede concluir que aunque los dos modelos compiten por el mismo segmento de mercado son modelos complementarios, quedando en el ámbito de decisión de cada uno de los operadores elegir el modelo que mejor se adapte a sus pretensiones y plan de negocio.”

En definitiva, el servicio de VIRTAFON no afecta negativamente al mercado a nivel mayorista ni vulnera la letra a) del art. 3 de la LGTel sino todo lo contrario, en orden con los objetivos previstos en dicho artículo y en las funciones encomendadas a esta Comisión, fomenta la competencia y salvaguarda la pluralidad de los servicios de comunicaciones electrónicas en mejores condiciones para los usuarios.

Por otra parte, alega que el servicio de VIRTAFON tiene un impacto negativo en la propia VODAFONE y en otros operadores de red y que esta Comisión ha reconocido el citado impacto negativo en la Resolución recurrida al señalar, en su pg. 13, lo siguiente: *“el posible efecto negativo derivado del hecho de que el servicio propuesto por Virtafon no se ofrece estrictamente mediante puntos de terminación de red móvil y del impacto que dicha actividad supone en los pagos en interconexión, es preciso contraponer el posible beneficio que este servicio (y servicios de características similares) pueden suponer para la competencia y para los consumidores (...).”*

No obstante, como se extrae directamente de la simple lectura del párrafo parafraseado, esta Comisión sí que tuvo en cuenta los posibles perjuicios que a otros operadores podrían suponerle el servicio de VIRTAFON, como cierto impacto en el balance de interconexión de los operadores de acceso y problemas de rentabilidad en sus tarifas minoristas planas o de tráfico gratuito, pero estos son efectos naturales de la propia evolución y dinamismo del mercado, a los que cualquier operador se ve obligado a adaptarse²⁶. Es así que ponderando éstos con los beneficios para los usuarios y la consecución del interés general encomendado a esta Comisión concluye, que el mencionado servicio no es susceptible de tener un efecto negativo sobre el desarrollo de la competencia o en los intereses de los usuarios sino precisamente lo contrario.

²⁶ Es precisamente en esta línea en la que esta Comisión ha resuelto el procedimiento MTZ 2010/827, en el que se ha mostrado favorable a que cada operador, en función de sus necesidades y de los patrones de consumo de sus clientes, calibre los efectos que le causan estos servicios y, sobre la base de ello, limite o restrinja la aplicación de las tarifas más afectadas excluyendo ciertos números relacionados con este tipo de servicios.



Unido a la anterior alegación, la recurrente continúa señalando que le resulta sorprendente que ante tal efecto negativo, esta Comisión se haya limitado a manifestar en el Informe de Audiencia que “(...) *los propios operadores móviles tienen las herramientas necesarias, así como la capacidad de modificar los actuales planes de tarifas al objeto de adaptarlos a la irrupción de este tipo de servicios (...)*” sin que haya impuesto, tal y como ha solicitado reiteradamente, “*la obligación de comunicar al resto de operadores los números móviles concretos a través de los cuales va a prestar un servicio diferente del servicio a usuario final, a fin de que el resto de operadores adopten las medidas oportunas en relación con sus tarifas minoristas. Siendo necesario además, (...) que la mencionada comunicación se realice con una antelación de 4 meses a la fecha en que dicha numeración vaya a estar operativa*” con el fin de que VODAFONE y otros operadores puedan evitar la afectación que le supone el servicio en cuestión y la necesidad de adoptar las medidas de modificación de sus tarifas minoristas como a las que continuamente hace referencia en su escrito de recurso –la eliminación de las tarifas y ofertas minoristas más ventajosas de los operadores móviles, como las tarifas planas– y que, a su vez, realizó en el marco de los expedientes DT 2009/675 y RO 2009/1536.

Como ya se apuntó la Resolución que puso fin al expediente AJ 2010/608, que en una economía de mercado y un sector liberalizado como el de las telecomunicaciones (pese a tratarse de un sector sometido a regulación ex ante), son los agentes que actúan en el mercado los que deben adaptarse al mismo y no el mercado el que debe ser adaptado a éstos. En este sentido, esta Comisión ha de subrayar que para que VODAFONE y otros operadores puedan evitar la afectación que le supone el servicio en cuestión, tienen la capacidad, entre otras fórmulas, de adaptar sus tarifas minoristas sin que los consumidores se vean afectados significativamente, tal y como pretende VODAFONE al advertir de la posibilidad de eliminar por completo de su oferta minorista los planes de tarifas especiales.

Además para evitar la mencionada afectación que el servicio le supone a la recurrente, existen otras alternativas a la eliminación de las tarifas minoristas más beneficiosas para los consumidores. Tal y como viene manifestando la Comisión, los operadores tienen la capacidad de excluir de las tarifas planas las numeraciones de los operadores que cuenten con servicios que puedan alterar de forma sustancial los patrones de uso de los consumidores, incrementando los costes de prestación de las mismas²⁷.

Para la consecución de la exclusión a la que antes se hace referencia, no se considera necesario que se deban comunicar las citadas numeraciones mediante las cuales se prestan servicios de reencaminamiento de tráfico internacional o la actividad de VIRTAFON con carácter previo a su uso, por dos motivos:

- Porque los operadores disponen de la capacidad necesaria para detectar las alteraciones en el consumo de las tarifas minoristas ofertadas.
- Porque los operadores de redes telefónicas públicas pueden consultar las asignaciones de los rangos de numeración en el Registro Público de Numeración de esta Comisión o bien obtener los datos de numeración de la Entidad de Referencia de la Portabilidad.

²⁷ Ver Resolución de 8 de julio de 2010 por la que se da respuesta a la Consulta de Orange sobre la posibilidad de excluir de las tarifas planas u ofertas de tráfico gratuito aquellas redes destino que utilizan numeración móvil para prestar servicios de enrutamiento de tráfico internacional (MTZ 2010/827).



QUINTO.- Sobre las alegaciones relativas al supuesto enriquecimiento injusto, la vulneración del principio de buena fe y el presunto abuso de derecho que la Resolución recurrida auspicia.

A juicio de la recurrente, el servicio de VIRTAFON (...) se basa en utilizar, como inputs, el servicio telefónico móvil de otro operador que es quien tiene que afrontar los costes iniciales de captación del cliente, subvención de terminales, logística y entrega de SIMs, etc. y las tarifas minoristas planas de otro operador. Añade que es "evidente que la utilización de una oferta minorista de otro agente como elemento "mayorista" (sustitutivo del acceso al ahorrarle éste además de que su coste se lo traspasa al usuario final) le aseguran "un ingreso por interconexión móvil" al cobrar en interconexión una cantidad significativamente mayor a los costes en los que incurre, diferencia que, a su vez, es la razón por la que se desea prestar el servicio de VIRTAFON a través de numeración móvil.

En línea con lo anterior, VODAFONE considera insuficiente que el motivo por el que esta Comisión justifica el mencionado perjuicio económico, sea que éste se irá atenuando con el tiempo gracias al *glidepath* sobre precios de terminación móvil.

Considera que la Resolución recurrida vulnera la interdicción del enriquecimiento injusto, hecho que ya ha puesto de manifiesto²⁸ la recurrente sin que esta Comisión se haya pronunciado al respecto, al concurrir los requisitos²⁹ esenciales e indispensables que ha declarado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo sobre la teoría del enriquecimiento injusto.

Además añade, por una parte, que el mencionado enriquecimiento injusto supone, a su vez, una vulneración del principio de buena fe, puesto que si el servicio de VIRTAFON actuase de conformidad con dicho principio, utilizaría la numeración que la legislación ha previsto al efecto y, por otra parte, un abuso de derecho al concurrir los requisitos establecidos para su estimación, conforme los señala la Sentencia³⁰ del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1988.

Por todo cuanto antecede, considera que la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad del artículo 62.1, letra f) de la LRJAPC en relación con el principio jurisprudencial que proscribía el enriquecimiento injusto y los artículos 7.1 y 7.2 del Código Civil.

²⁸ Pg. 12 del escrito de alegaciones de VODAFONE, de fecha 23 de agosto de 2010, al Informe de Audiencia del expediente RO 2009/1536.

²⁹ 1) Adquisición de ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor: resulta evidente la adquisición de una ventaja patrimonial por parte de VIRTAFON, al percibir las cantidades en concepto de terminación móvil, con el correlativo empobrecimiento de VODAFONE por el pago de éstas; 2) Nexo de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento: existe un nexo de causalidad entre enriquecimiento de VIRTAFONE y el empobrecimiento de VODAFONE y; c) Falta de causa de atribución patrimonial que justifique el enriquecimiento: no existe causa de la atribución patrimonial indicada puesto que VIRTAFON cobra un servicio que en realidad no presta ya que el servicio no hace uso del espectro en ningún momento.

³⁰ "Siendo el abuso de derecho una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzaron protección jurídica, se precisa para su estimación: la producción de una lesión en el patrimonio, la existencia de una actitud meramente pasiva de quien lo sufre, la intención de dañar de quien lo causa, la falta de interés legítimo, y la presencia de una mala fe, o el ejercicio antisocial del derecho".



Olvida VODAFONE, al alegar como motivo de recurso la vulneración de los principios generales del derecho de interdicción del enriquecimiento injusto, actuación de buena fe e interdicción del abuso de derecho que, tal y como la jurisprudencia³¹ ha declarado reiteradamente, tales principios generales del derecho no pueden entenderse vulnerados cuando el comportamiento de una empresa o el desplazamiento patrimonial ha sido revisado por la autoridad reguladora quien, en virtud de sus facultades competenciales, ha concluido que el mismo es conforme con la legalidad. Es decir, el comportamiento o desplazamiento tiene causa regulada por el ordenamiento jurídico –la Resolución recurrida que ampara la prestación del servicio de VIRTAFON–.

No obstante lo anterior, entrando a analizar cada uno de los motivos de impugnación ahora expuestos, cabe significar que, en cuanto a la vulneración del principio de buena fe, no cabe entender éste como vulnerado sobre la base de que VIRTAFON utilice numeración móvil. Tal y como se motiva en la Resolución recurrida y en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución, el uso de numeración móvil es perfectamente acorde con el ordenamiento jurídico por lo que VODAFONE no puede pretender impugnar el mencionado uso sobre la base de que, a su juicio, el servicio de VIRTAFON no debería prestarse a través de la citada numeración.

Además, conforme con lo expuesto respecto de análoga alegación en los recursos contra la Resolución de 4 de marzo de 2010 (AJ 2010/608), para apreciar la vulneración del principio de buena fe y el abuso de derecho no basta con manifestar y, en su caso, acreditar que VIRTAFON se beneficia de la diferencia de precios en interconexión en perjuicio de VODAFONE y demás operadores de red móvil, sino que resulta imprescindible probar, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en la STS de 3 de junio de 2003 (RJ 2003\5421) y de 14 de diciembre de 1992, que el beneficio obtenido de ofrecer su servicio es “manifiestamente” extralimitado y que concurre un elemento intencional específico: la voluntad de causar un daño o perjuicio. Así, en el Fundamento Cuarto de la STS de 3 de junio de 2003 se declara lo siguiente:

“A efectos de prueba no puede presumirse la incidencia de mala fe, ya que constituye un principio general de Derecho que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse.”

En cuanto al abuso de derecho, no habiéndose probado la intencionalidad de las partes en un negocio jurídico de perjudicar un interés legítimo de un tercero mediante una manifiesta extralimitación en el ejercicio de su derecho, no cabe declarar por una presunción, fundada en un juicio subjetivo de valor, la nulidad de unas resoluciones de la Administración colegial farmacéutica que verificó la adjudicación de cuatro oficinas de farmacia en la ciudad de Zaragoza. Debe aplicarse el «axioma qui iure suo utitur neminem laedit» [quien ejercita su derecho no daña a nadie] cuando el resultado de un acto jurídico, unilateral o bilateral, no es contrario a la normativa vigente ni incide en el ejercicio abusivo de un derecho por la intencionalidad contrario a la norma.”

La acreditación de ambos extremos debían haber sido probados por la recurrente. No obstante, no ha probado la intención abiertamente dolosa del operador denunciado. En la pg. 28 de su recurso, la impugnante alude a una “*clara intención de VIRTAFON de dañar a terceros operadores*”, sin acreditar las mismas ni su finalidad dolosa, esto es, efectuando

³¹ STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4582): “(...) Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia que los negocios jurídicos están sujetos al régimen que preside legalmente su nacimiento y su desarrollo, el cual no puede resultar modificado por las normas sobre enriquecimiento injusto, las cuales están llamadas a subvenir a situaciones de desplazamiento patrimonial sin causa no reguladas específicamente por el ordenamiento jurídico.”



una simple “valoración de intenciones”, lo cual no resulta admisible en el ámbito del abuso de derecho, tal y como señala expresamente la STS de 3 de junio de 2003 anteriormente citada en su Fundamento Tercero que dice que *“El abuso del Derecho y fraude de Ley no puede estimarse probados con base en un juicio de intenciones”*.

En definitiva, no concurren los requisitos necesarios para la existencia del abuso de derecho, conforme expone³² VODAFONE, pues VIRTAFON tiene un evidente interés legítimo en prestar un servicio que esta Comisión, después del debido análisis de la normativa aplicable, ha determinado que es perfectamente legal, ni se ha probado una intención de VIRTAFON de dañar a VODAFONE ni lleva a cabo ejercicio antisocial alguno.

En relación con la doctrina del enriquecimiento injusto, hemos de recordar, conforme hemos apuntado, que la jurisprudencia³³ ha venido excluyendo la aplicación de esta doctrina cuando su alegación por los operadores recurrentes está relacionada con la directa aplicación de las resoluciones de contenido regulador. Así, en el Fundamento Sexto de la SAN de 19 de octubre de 2007 (JUR 2007\346169) se dice que:

“Tiene expresado el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 8 de julio de 2004) que la doctrina del enriquecimiento injusto reside en la evitación de que cualquiera pueda obtener una ganancia patrimonial o una pérdida del mismo carácter sin causa que pueda justificarlas. Pues bien, en el supuesto considerado basta reproducir el Fundamento de Derecho Sexto de la resolución combatida para inferir que existe cobertura para que el organismo regulador adopte la decisión cuestionada.”

Además, estas alegaciones formuladas en relación con el beneficio obtenido por VIRTAFON y el consiguiente perjuicio económico para los operadores de red ya fueron objeto de análisis en la Resolución de 4 de marzo de 2010.

En la mencionada Resolución se reconoce que un servicio análogo al de VIRTAFON puede provocar un cierto impacto en el balance de interconexión de los operadores de acceso y problemas de rentabilidad en sus tarifas minoristas planas o de tráfico gratuito que son efectos naturales de la propia evolución y dinamismo del mercado. Al efecto, hemos de señalar, tal y como se apuntó en el anterior Fundamento de Derecho, que en una economía de mercado y un sector liberalizado como el de las telecomunicaciones son sus agentes los que deben adaptarse al mercado y no viceversa.

Asimismo, en dicha Resolución se dice, en su punto 1.4 donde analiza el servicio de Hablamanía desde el punto de vista de los precios de interconexión y el arbitraje, señala que *“el arbitraje de tráfico fruto de los distintos precios de interconexión no es, en sí mismo, una práctica que deba reputarse automáticamente contraria a la regulación existente”* (página 12 de la Resolución), y que, si los operadores móviles competidores de BT España se ven afectados por la irrupción de este nuevo servicio, son ellos mismos los que deben adaptarse

³² VODAFONE expone que el denunciado enriquecimiento injusto lesiona el patrimonio de la recurrente; que tanto la recurrente como demás operadores que sufren esta lesión no tiene otra opción que adoptar una actitud pasiva ante este abuso, en cumplimiento de las obligaciones relativas a interconexión e interoperabilidad de las redes y servicios; que VIRTAFON tiene intención de dañar a VODAFONE en la medida en que quiere aprovecharse de los terceros operadores al objeto de que éstos le financien el servicio causándole un evidente daño económico; que VIRTAFON carece de interés que legitime su actividad; y que existe mala fe en la conducta de VIRTAFON al ejercer de manera antisocial sus derechos en materia de interconexión.

³³ Ver también la STS de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009\5180), donde se dice que: *“Como señala la sentencia recurrida el cumplimiento por parte del operador de mercado de sus obligaciones dentro del marco legal, elimina cualquier declaración de enriquecimiento injusto.”*



a la evolución y movimiento del mercado modificando sus tarifas minoristas del modo que más les convenga y, más aún, tal y como reiteramos, cuando los propios operadores móviles tienen las herramientas necesarias para identificar las numeraciones por las que se presta el servicio de VIRTAFON, así como la capacidad de modificar los actuales planes de tarifas al objeto de adaptarlos a la irrupción de este tipo de servicios.

Para valorar el consecuente perjuicio para VODAFONE y los operadores de red como consecuencia de la diferencia de precios de terminación en interconexión, hay que tener en cuenta, conforme señala la Resolución recurrida, que a diferencia del servicio de Hablamanía, el servicio de VIRTAFON prevé la posibilidad de que sus usuarios puedan no sólo realizar llamadas, sino también recibirlas. *“Por consiguiente, aunque haya usuarios que aprovechen sus tarifas planas para llamar a los destinos deseados mediante la solución de Virtafon, existirán otros usuarios que cursarán llamadas hacia las numeraciones de Virtafon, las cuales serán encaminadas por Virtafon hacia las redes móviles de otros operadores teniendo que pagar el precio de terminación en dichas redes. Es decir, en principio no hay indicios para considerar que se produciría un desbalanceo de los tráficos entre los operadores.”*

Aunque a juicio de la recurrente resulte insuficiente que esta Comisión justifique el mencionado perjuicio económico al considerar que el mismo se irá atenuando con el tiempo gracias al *glidepath* sobre precios de terminación móvil, es una realidad que debe de tenerse en cuenta puesto que la prospectiva regulatoria de precios de terminación, es que además de que éstos vayan decreciendo, que la diferencia entre los precios de terminación en redes móviles y fijas tienda a diluirse. Como consecuencia lógica de lo anterior, sería que el servicio de VIRTAFON perdería su atractivo actual.

Por último, cabe señalar que tanto VODAFONE o cualquier otro operador móvil siempre puede disminuir sus tarifas telefónicas para llamadas internacionales haciendo frente al servicio de valor añadido que ofrece el servicio de VIRTAFON.

En conclusión, ninguna de las alegaciones manifestadas en este motivo de impugnación ha quedado acreditada y por tanto ninguna de ellas puede tener favorable acogida.

SEXTO.- Sobre la presunta falta de motivación de la Resolución recurrida.

A juicio de VODAFONE, la Resolución recurrida está incurso en causa de nulidad de pleno derecho, prevista en la letra a) del artículo 62.1 de la LRJPAC en relación con el artículo 54.1 a) y b) de la LRJPAC, por carecer de motivación.

En concreto, considera que la Resolución no fundamenta debida y correctamente los siguientes aspectos:

- La competencia de esta Comisión para intervenir en la resolución del conflicto en cuestión.
- La decisión sobre el uso de la numeración móvil que realiza VIRTAFON.
- Los motivos por los que considera que el servicio de VIRTAFON no es un servicio de preselección o selección llamada a llamada.



- La falta de contestación sobre su solicitud de que esta Comisión obligue a VIRTAFON a comunicar a los operadores los números móviles a través de los cuales prestará el servicio.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009³⁴, de 26 de mayo de 2009³⁵ y de 7 de marzo de 2006³⁶.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en la STS de 3 de diciembre de 1996³⁷ y de 3 de mayo de 1995³⁸, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Pues bien, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han motivado todos aquellos aspectos respecto de los que VODAFONE manifiesta su disconformidad y que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada y, siendo esto así, del contenido de la Resolución puede colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009³⁹, 20 de mayo de 2008⁴⁰ y 8 de marzo de 2006⁴¹. En la última Sentencia citada se dice que “*el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión*”.

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007⁴² relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de

³⁴ RC 2694/2007.

³⁵ RJ 2009\4401.

³⁶ RJ 2006\1668.

³⁷ RJ 1996\8930.

³⁸ RJ 1995\4050.

³⁹ RJ 2009\467.

⁴⁰ RJ 2008\5296.

⁴¹ RJ 2006\5702.

⁴² JUR 2007\52343.



pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.”

Otra cosa distinta es que VODAFONE no comparta los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTS de 8 de mayo de 2008⁴³, de 13 de julio de 2004⁴⁴ y de 16 de julio de 2001⁴⁵. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución, tal y como se ha razonado a lo largo de la presente Resolución.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto Vodafone España, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 22 de diciembre de 2010, dictada en el expediente número RO 2009/1536, relativa al conflicto de acceso presentado por Virtafon, SL, contra la recurrente, por estar la misma plenamente ajustada 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 puede 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 32/2003, 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

⁴³ RJ 2008\2642.

⁴⁴ RJ 2004\4203.

⁴⁵ RJ 2001\6684.



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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.