



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 20/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 4 de junio de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2009/60, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. FRENTE A LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., UNIPERSONAL EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL BASADOS EN EL ENVÍO DE MENSAJES CORTOS.

I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 31 de julio de 2008, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asignó a OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. (en adelante, OPERA) los recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos 27353 y 28082¹. Posteriormente, con fecha 8 de octubre de 2008, se le asignaron a OPERA los números 25752 y 27627².

Segundo.- El día 4 de septiembre y 20 de octubre de 2008 respectivamente, OPERA comunicó a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., unipersonal (en adelante, TME) la nueva numeración asignada para el envío de mensajes cortos a fin de que procediese a la apertura de ésta y a la activación en su red para permitir el encaminamiento de mensajes de texto hacia sus abonados y

¹ Resolución sobre la asignación inicial de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2008/176).

² Resolución de la solicitud de Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L., de asignación de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2008/1381).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

viceversa a la mayor brevedad posible, recordándole que el plazo máximo legal disponible para la apertura era de 2 meses a contar desde la notificación.

Tercero.- Con fecha 1 de diciembre de 2008, OPERA reitera su requerimiento, que es contestado por TME con fecha 24 de diciembre de 2008 mediante un escrito en el que TME señala que *“una vez haya sido publicado el preceptivo Código de Conducta, procederemos a remitirle nuestra propuesta de acuerdo comercial y dispondremos la apertura de las nuevas numeraciones en nuestra red [dado que] ante el desconocimiento del contenido del Código no sería posible, en la actualidad, que la numeración asignada por la CMT para estos servicios cumpliera con las condiciones que finalmente establezca el precitado Código”*.

Cuarto.- Con fecha 12 de enero de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad OPERA, mediante el que viene a presentar conflicto de acceso frente a TME, en relación con la falta de apertura en la red de este operador de los recursos públicos de numeración asignados a OPERA para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (SMS/MMS Premium).

En concreto, OPERA solicita a esta Comisión que

- Inste *“a TME a que en el futuro adopte las medidas necesarias para cumplir con los plazos de apertura de numeración comunicados por OPERA”*.
- Adopte *“las medidas sancionadoras a TME por las infracciones muy graves cometidas por TME en la reiteración en el incumplimiento de la fecha de apertura efectiva a la interconexión de la numeración asignada a Opera. Ha quedado constatado mediante la documentación aportada que estas infracciones muy graves son tipificadas en los apartados r), s) y w) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*.
- Así como, que *«sea acordada la **MEDIDA PROVISIONAL** consistente en que “se inste a TME a la apertura, con carácter inmediato, de la numeración SMS asignada por la CMT a Opera”»*

Quinto.- Con fecha 21 de enero de 2009, se notificó a TME la apertura de este procedimiento, dándosele traslado de la solicitud de OPERA.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sexto.- Posteriormente, TME presentó escrito de alegaciones en el que señala que:

- *“TME concluye que la activación de las numeraciones públicas para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en mensajes está estrechamente ligada y condicionada al cumplimiento de todos los requisitos regulatorios aplicables a la misma, que se derivan de la Orden ITC/308/2008³ y el código de conducta (...), que al día de hoy todavía no se ha aprobado.*

Es por ello que TME ha considerado más prudente adoptar la postura de no activación de las numeraciones definidas en la Orden ITC/308/2008 para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes hasta la publicación del Código de Conducta. Ello debido a que, ante el desconocimiento del contenido del citado Código de Conducta, no sería posible en la actualidad que la numeración activada cumpliera con las condiciones que finalmente éste establezca”.

- TME añade que no ha abierto ninguna de las numeraciones reguladas en la Orden ITC/308/2008 que le han sido asignadas y que en relación con la utilización del número 609, TME considera que *“en ningún modo utiliza el citado 609 como una numeración pública para la prestación de un servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes y, por lo tanto, su uso no se va a ver afectado en ninguna medida por lo que establezca el citado código de conducta”.*

“TME utiliza la marcación abreviada 609 dentro del ámbito interno de su red, para servicios gratuitos de mensajes cortos de texto y multimedia de atención al cliente Movistar”.

Séptimo.- Con fecha 11 de marzo de 2009, los Servicios de la Comisión emitieron informe en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes y confiriéndosele el plazo de diez días para formular alegaciones.

Únicamente TME presentó alegaciones con fecha 30 de marzo de 2009, en las que manifestaba que *“mi representada ya ha procedido a realizar las gestiones necesarias para la apertura de la numeración asignada a OPERA, estando actualmente en fase de establecimiento de la conectividad entre OPERA y TME”.*

³ Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, Orden ITC/308/2008).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Octavo.- Con fecha 19 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de OPERA por el que solicitaba fuera aceptado su desistimiento respecto del conflicto que trae causa, al haber procedido TME a abrir su red a la numeración SMS Premium de OPERA.

Con fecha 20 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME por el que manifestó que aceptaba el desistimiento presentado por OPERA.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial.

El presente procedimiento se abrió con el objeto de analizar el conflicto planteado por OPERA frente a TME en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso para la prestación por OPERA a los abonados de TME del servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes cortos.

En relación con la solicitud presentada por OPERA, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 del mismo texto legal.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo. Y que, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto en la medida en que el mismo se refiere a la falta de acceso de la red de TME a los recursos públicos de numeración asignados a OPERA para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

Segundo.- Sobre el desistimiento presentado por OPERA

OPERA solicita, expresamente, en su escrito de 19 de mayo de 2009 “*el desistimiento*” en el conflicto planteado al haber desaparecido el objeto del mismo. En concreto, OPERA ha justificado su voluntad de desistir por haber procedido TME a la apertura de su red a la numeración SMS Premium de OPERA, quedando accesible su numeración desde los clientes de TME.

En este sentido, el artículo 42.1 de la LRJPAC dispone que:

“La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (...).”

De conformidad con el artículo 87.1 de la LRJPAC, “*pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad*”.

Los artículos 90 y 91 del mismo texto legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento. Conforme al artículo 90.1, “*todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos (...)*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, el artículo 91 de la LRJPAC prevé que:

“1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia.

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. (...)”

Al amparo de tales preceptos, OPERA ha ejercido su derecho de desistimiento mediante escrito presentado el pasado día 19 de mayo de 2009, siendo el mismo adecuado a los efectos del apartado 1 del artículo 91 anterior, toda vez que deja constancia efectiva de su voluntad de desistir, habiendo aceptado TME su desistimiento.

Tras dar por ejercido el derecho de desistimiento al que se refieren los artículos 90.1 y 91.1 de la citada LRJPAC por parte de OPERA, esta Comisión, a la vista de que TME no ha instado la continuación del procedimiento y que, a tenor de lo deducido del procedimiento tramitado al efecto, no se da un interés general para su continuación ni se estima conveniente ni necesario sustanciar la cuestión objeto de aquél para su definición y esclarecimiento, ha de aceptar de plano el desistimiento, debiendo declarar concluso el procedimiento (artículo 91.2 de la LRJPAC).

Y ello, teniendo en cuenta que TME ha dado cumplimiento a las obligaciones que le incumben y que se describen a continuación.

a) Obligación de apertura: principio de interoperabilidad

El artículo 11.2 de la LGTel dispone que *“los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”*. En iguales términos se pronuncia el artículo 22 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 Reglamento de Mercados).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En desarrollo de esta previsión, la letra c) del artículo 17 del Reglamento de Prestación de Servicios establece la obligación, a la que se hallan sujetos todos los operadores de comunicaciones electrónicas con independencia de la red o servicio que pretendan explotar o prestar, relativa a “*garantizar la interoperabilidad de los servicios*”.

TME, en cuanto que operador de comunicaciones electrónicas, está vinculado a la condición prevista en el artículo 17.d) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) que le obliga a garantizar “*a los usuarios finales la accesibilidad de los números (...) de conformidad con lo recogido en los correspondientes planes nacionales*”.

Como se indicó en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de octubre de 2007⁴, el principio de interoperabilidad garantiza, por tanto, que todos los usuarios de un operador puedan comunicarse entre ellos y con todos los usuarios de los demás operadores, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado. Con ello, se obtiene un mayor beneficio para los usuarios, que pueden acceder así a las distintas ofertas disponibles en el mercado.

De esta manera, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores de red, por su parte, no pueden negarse a permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por operadores de servicios que así lo soliciten.

b) Sobre la aprobación del Código de Conducta

El artículo 2 de la Orden ITC/308/2008 dispone que los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos quedan incluidos “*en la definición de servicios de tarificación adicional contenida en el apartado 4.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero*”. Al igual que sucede con los prestados a través del servicio telefónico, el apartado segundo del artículo 10 de la Orden ITC/308/2008 prevé la elaboración de un Código de Conducta al que se someterá la prestación de este tipo de servicios.

La Orden ITC/308/2008, antes de su modificación por la Orden ITC/3237/2008, de 11 de noviembre, establecía un régimen transitorio que, entre otras, aplazaba la aplicación de las obligaciones previstas en los apartados 3º, 4º, 5º

⁴ Resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por “Editateide, S.L.” frente a “Esto es ONO, S.A.U.” sobre el acceso de los abonados de este último al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de “Editateide, S.L.” (RO 2006/717).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y 6º del artículo 10 y el artículo 3.6 de la Orden (control del cumplimiento del Código de Conducta, derecho de desconexión, facturación desglosada entre precio de servicio telefónico y del mensaje, identificación del operador de almacenamiento y reenvío, plan de publicidad y prohibición de uso de números idénticos a los no atribuidos por el Plan Nacional de Numeración Telefónica).

Tras la aprobación de la Orden ITC/3237/2008, los plazos de entrada en vigor de las anteriores disposiciones han sido ampliados y sólo serán exigibles transcurrido un plazo de cuatro meses desde la fecha de publicación el “Boletín Oficial del Estado” del Código de Conducta.

c) Sobre la obligación de acceso

Como hemos visto, el principio de interoperabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LGTel, obliga a garantizar el acceso de los usuarios de un operador a servicios de comunicaciones electrónicas prestados por el resto de los operadores.

El artículo 8.2 de la Orden ITC/308/2008 regula el procedimiento de apertura de la numeración de mensajes cortos, con el que se daría cumplimiento al principio de interoperabilidad establecido en la LGTel, cuando dispone que los operadores deberán poner en servicio los recursos asignados, al menos en una red telefónica pública de ámbito nacional, antes de que transcurran seis meses desde la fecha de asignación. En este plazo está incluido un periodo máximo de dos meses para que los operadores que proveen el acceso al servicio de mensajes cortos al abonado efectúen las adaptaciones técnicas pertinentes en las redes.

La falta de aprobación del Código de Conducta, cuyo contenido incidirá en algún aspecto de la prestación del servicio de tarificación adicional a través de mensajes cortos, no supone un obstáculo para la apertura de la numeración asignada a los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos ni al cumplimiento del resto de las obligaciones previstas en la Orden ITC/308/2008 cuya prórroga no ha sido fijada en las disposiciones transitorias de la Orden. En ningún caso, el artículo 8.2 de la Orden ITC/308/2008 ha quedado aplazado por las disposiciones transitorias, siendo de plena aplicación.

Además, la propia Orden ITC/308/2008 otorga un plazo de cuatro meses desde la aprobación del Código de Conducta para la exigencia de las obligaciones aplazadas, tiempo suficiente para realizar adaptaciones en las redes y pruebas para la comprobación del cumplimiento de las determinaciones de la Orden ITC/308/2008, esto es, facturación desglosada, ejercicio del derecho de desconexión, elaboración de un plan de publicidad...



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, una vez entrada en vigor la Orden ITC/308/2008, asignada la correspondiente numeración y remitida la solicitud de apertura, el operador de acceso deberá abrir la numeración para prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto en el plazo de dos meses desde que recibió la notificación del asignatario, cumpliendo las obligaciones previstas en la Orden salvo las establecidas en los artículos 3.6, 10.3º, 10.4º, 10.5º y 10.6º primer párrafo (cuya obligatoriedad nacerá transcurrido el plazo de cuatro meses de la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del nuevo Código de conducta), dando así cumplimiento al principio de interoperabilidad y con independencia de la aprobación del Código de Conducta, sin que existan razones técnicas, económicas o de otro tipo que sirvan de fundamento para negarse a la apertura.

Por todo ello, no resulta necesario que esta Comisión continúe con la tramitación del procedimiento iniciado a instancia de OPERA, procediendo a la terminación del mismo mediante Resolución expresa en la que se declara tal circunstancia.

Conforme a los anteriores Hechos y Fundamentos de derecho, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Aceptar el desistimiento presentado por OPERADORA DE TELECOMUNICACIONES OPERA, S.L. en el procedimiento de referencia y, en consecuencia, declarar concluso el mismo, por no existir motivo alguno que justifique su continuación.

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 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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 Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).