



## COMISION 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 45/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de diciembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR ALTERNA PROJECT MARKETING S.L. CONTRA EL ESCRITO DEL SECRETARIO DE 13 DE OCTUBRE DE 2008 POR EL QUE SE DENEGÓ SU SOLICITUD DE PERSONACIÓN EN CONCEPTO DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO (RO 2008/1525).**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ALTERNA PROJECT MARKETING S.L (en adelante APM) contra el escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 13 de octubre de 2008, por el que se denegó su solicitud de personación en concepto de interesado en el procedimiento de referencia (RO 2008/1525), el Consejo de esta Comisión ha adoptado en su Sesión número 45/08, celebrada el día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1865):

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de octubre de 2008.**

Con fecha 13 de octubre de 2008, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitió un escrito por el cual se desestimó la solicitud de APM, para que se le tuviera por personado en concepto de interesado en el procedimiento que se estaba tramitando por medio del Expediente número RO 2008/1525.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

El citado escrito disponía en su último párrafo lo siguiente:

*“Por todo lo anterior, no procede acceder a la solicitud de ALTERNA PROJECT MARKETING S.L. para que se tenga por personado en concepto de interesado en el procedimiento de referencia”.*

Dicho procedimiento, es el relativo al conflicto de acceso interpuesto por WORLD PREMIUM RATES S.A. (en adelante WPR) contra veinte operadores prestadores del servicio telefónico móvil, en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de acceso a las redes de estos operadores para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos SMS/MMS.

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por APM.**

Con fecha 31 de octubre de 2008, ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión, un escrito presentado por el representante legal de APM en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra el escrito del Secretario de 13 de octubre de 2008, al que se refiere el antecedente de hecho anterior.

Acompañando a dicho escrito, se aporta documento acreditativo de la primera inscripción en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas como operador de servicios de transmisión de datos disponibles al público, concretamente almacenamiento y reenvío de mensajes cortos (SMS).

APM alega fundamentalmente lo siguiente:

1.- Que fue inscrita en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas como persona autorizada para ejercer la actividad de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos SMS. Asimismo, alega que se le asignaron cincuenta y un números para la prestación del servicio SMS/MMS mediante Resolución del Consejo de la Comisión de 31 de julio de 2008.

2.- Manifiesta que se encuentra en la misma situación que la entidad que ha promovido el conflicto de acceso de referencia, WPR. Según la recurrente se ha puesto en contacto con varios de los operadores de red investigados, por el grave desequilibrio que comporta el sistema de precios que determina que las entidades que aportan valor añadido tengan que repartir lo que cobran por la originalidad de los servicios que proveen, y no ha obtenido respuesta alguna.

3. Considera que no tendría sentido que APM promoviera un nuevo conflicto ante la Comisión, porque la resolución del procedimiento RO 2008/1525 dirimirá sobre el régimen aplicable a los operadores por la provisión de los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

servicios que prestan a entidades proveedoras de servicios de almacenamiento y de mensajes cortos.

4. Discrepa que el suyo sea un interés genérico para comparecer, e insiste en su condición de interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 31.1. 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 concluye su escrito solicitando la estimación de su recurso de reposición y que, en consecuencia, se reconozca su condición de interesado en el procedimiento (Expediente número RO 2008/1525), y se le permita intervenir en la tramitación del mismo hasta su resolución.

### **TERCERO.- Notificación y trámite de información a los interesados.**

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, fechado el día 12 de noviembre de 2008 y cuya salida fue registrada 13 de noviembre de 2008, se informó a la recurrente del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A) FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

#### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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.

APM califica expresamente su escrito como recurso de reposición. En este sentido, resulta procedente calificar el escrito de la citada entidad, recibido en el Registro General de esta Comisión el día 31 de octubre de 2008, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra el escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 13 de octubre de 2008, a tenor de lo establecido en el



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

artículo 116 de la LRJPAC que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos en reposición ante el mismo órgano que lo hubiera dictado.

### **SEGUNDO.- Competencia.**

El acto impugnado fue dictado por el Secretario de esta Comisión en virtud de la delegación de competencias acordada por el Consejo, mediante Resolución de fecha 8 de mayo de 2008 (BOE nº 142, de 12 de junio de 2008).

No obstante, el artículo 13.4 de la LRJPAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Por su parte, el artículo 13.2.c) de dicha norma establece que la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso no podrán ser objeto de delegación.

Por lo tanto, la facultad de resolver el presente recurso será del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

### **TERCERO.- Plazo para resolver.**

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

### **CUARTO.- Admisión a trámite.**

El recurso de reposición de APM ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

## **B) FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre las alegaciones de APM y el objeto de la competencia de esta Comisión para resolver conflicto de acceso.**

APM muestra su disconformidad frente al escrito del Secretario de esta Comisión que denegaba su solicitud de personación por entender que la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

resolución del conflicto de referencia no causaría efecto alguno a la recurrente. Argumenta que se encuentra en la misma situación que la entidad que ha promovido el conflicto de acceso, al haberse puesto en contacto con varios de los operadores de red citados en el procedimiento, por el grave desequilibrio que comporta el sistema de precios que determina que las entidades que aportan valor añadido tengan que repartir lo que cobran por la originalidad de los servicios que proveen. Añade que por esta razón no tiene sentido iniciar un nuevo conflicto, porque en el presente procedimiento se va a dirimir el régimen aplicable a los operadores por la provisión de los servicios que prestan a entidades proveedoras de servicios de almacenamiento y de mensajes cortos.

Frente a las alegaciones de la recurrente, cabe manifestar que la normativa sectorial en materia de acceso otorga, a priori, preferencia a la negociación inter-partes, debiendo por tanto, imperar la libre voluntad de las partes para negociar las condiciones de acceso, así como para decidir el contenido de los acuerdos que habrán de regir las relaciones de los operadores involucrados. A ello se refieren el artículo 11.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT) y el artículo 22.3 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante Reglamento de Mercados), cuando dicen que no existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso.

No obstante, si transcurrida la primera fase de libre negociación entre los operadores, existieran obstáculos para la firma de dichos acuerdos, esta Comisión podrá intervenir a petición de cualquiera de las partes implicadas para dirimir el conflicto, al objeto de garantizar la adecuación del acceso según lo dispuesto en el artículo 11.4 de la LGT y el artículo 23.3 del Reglamento de Mercados.

Por tanto, la libertad de las partes para determinar las condiciones que debe regir el acceso acordado entre ambas tiene un límite, que se concreta en la posibilidad de intervención de esta Comisión aplicando el principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración. Conforme a dicho principio, la Comisión deberá resolver únicamente sobre aquellos aspectos concretos sobre los que las partes mantienen un desacuerdo.

Según se ha puesto de manifiesto por esta Comisión en distintas ocasiones, los acuerdos de acceso gozan de una doble naturaleza, pública y privada. Este criterio ha sido corroborado por la doctrina jurisprudencial, entre otras la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de diciembre de 2004 respecto a la naturaleza de los Acuerdos Generales de Interconexión (siendo de total aplicación a los Acuerdos de Acceso). Dicha sentencia en su fundamento 8º dice lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

*“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley «acuerdo de interconexión», acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos.*

*En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”*

En consecuencia, y atendiendo al caso que nos ocupa, WPR inicio libremente las negociaciones de acceso a redes con veinte operadores para poder prestar servicios de mensajes cortos de texto SMS y MMS mediante los recursos de numeración que le fueron asignados por Resolución de esta Comisión de 31 de julio de 2008. Dichas propuestas de negociación atendían a cuestiones concretas de los acuerdos, como procedimientos aplicables a la prestación de dichos servicios, condiciones técnicas, y económicas. Ante la falta de acuerdos, WPR solicitó la intervención de esta Comisión, adquiriendo por tanto, la parte de los acuerdos sobre la que no ha habido consenso, naturaleza jurídico pública. En este sentido, la resolución del procedimiento de referencia no supondrá el establecimiento de un régimen general aplicable a todo conflicto de acceso que hipotéticamente pueda producirse en el futuro, sino que en todo caso resolverá sobre los extremos de las negociaciones relativas a unos acuerdos determinados respecto de las causas concretas que afecten a los interesados intervinientes en el proceso negociador.

Si APM ante la imposibilidad de llegar a acuerdos de acceso con otros operadores, decidiera promover un nuevo conflicto ante esta Comisión, la resolución que se dicte atenderá a la aplicación del principio de intervención mínima, es decir resolverá sobre aquellos extremos concretos del conflicto que se suscite en este caso, que no tienen porque coincidir con los planteados actualmente por WPR en el procedimiento en el que APM ha solicitado ser tenida como parte interesada.

### **SEGUNDO.- Sobre la condición de interesado de APM.**

El artículo 31.1 de la LRJPAC establece que se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

- c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

APM alega que ostenta la condición de interesado conforme a lo dispuesto en los apartados b y c del artículo 31.1 de la LRJAC. Añade que la resolución determinará el equilibrio entre deberes y obligaciones del operador de red y de los proveedores de servicios, afectándole de modo inmediato y directo.

La doctrina jurisprudencial (entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997 RJ 1997, 5267 ) establece que se tendrá derecho o interés legítimo cuando la anulación de un acto administrativo produzca un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, lo que ha de ser alegado y probado.

Por ello, la resolución administrativa que se dicte y ponga fin al procedimiento de referencia, ha de repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético y potencial, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona. Asimismo conviene destacar que el interés legítimo ha de derivar de una repercusión de la actuación administrativa en el ámbito vital o de intereses de la persona real y efectiva sin comprender los intereses eventuales o hipotéticos. A estos efectos, conviene traer a colación aquí, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero 1998, (RJ 1998\2180) que dice que el interés legítimo equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.

A la vista de lo anterior, cabe rechazar la argumentación de APD relativa a su condición de interesado conforme al artículo 31 de la LRJAC. Por un lado APD no ha probado la existencia de los derechos e intereses legítimos que según sus alegaciones pueden verse afectados. Y por otro, tampoco ha acreditado que la resolución que ponga fin al conflicto de acceso tendrá un resultado inmediato que repercuta directamente sobre la misma en un determinado beneficio o perjuicio, que sea además apreciable materialmente, como establece la citada jurisprudencia. En consecuencia, y salvo prueba en contrario, la resolución que se dicte afectará únicamente a las partes intervinientes en cuanto a los beneficios o perjuicios que puedan recaer directamente sobre las mismas.

Por todo ello, cabe desestimar que la recurrente ostente la condición de interesado conforme al artículo 31.1 de la LRJAC.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho, el Consejo de esta Comisión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por APM contra el escrito del Secretario de 13 de octubre de 2008 por el que no se accedió a su solicitud de personación en concepto de interesado en el procedimiento de referencia (RO 2008/1525).

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 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 SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu