



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 39/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 7 de diciembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por France Telecom España, S.A., Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Xfera Móviles, S.A. contra la Resolución, de fecha 22 de julio de 2010, sobre el conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a diversos operadores móviles en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (AJ 2010/1508).**

## **I ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.- Escrito de Alterna Project Marketing, S.L. por el que se presenta conflicto de interconexión frente a diversos operadores móviles.**

Con fecha 14 de mayo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) un escrito del operador Alterna Project Marketing, S.L. (en adelante ALTERNA), entidad prestadora de servicios de valor añadido consistentes en servicios de tarificación adicional a través de mensajes cortos o SMS Premium, mediante el que ponía en conocimiento de este organismo las dificultades para alcanzar un acuerdo comercial con los principales operadores de acceso para la prestación de servicios SMS Premium y presentaba formalmente conflicto de interconexión contra éstos.

**Segundo.- Resolución de 22 de julio de 2010 sobre el conflicto de acceso presentado por ALTERNA.**

Como consecuencia del citado escrito, esta Comisión procedió a la apertura del correspondiente expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado, que se tramitó bajo la referencia MTZ 2009/822, al que puso fin la Resolución del Consejo, de fecha 22 de julio de 2010, sobre el conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone



---

## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

El Resuelve de esta Resolución establece lo siguiente:

*“ÚNICO.- Obligar a los operadores Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S. A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S. A. y Euskaltel, S.A. a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles conforme a una estructura tarifaria basada en un único precio unitario por servicio y cuyos importes se ajusten a las previsiones del apartado II.6.3 de esta Resolución, debiendo negociar la firma de los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución.”*

### **Tercero.- Recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 22 de julio de 2010.**

Con fechas 11 y 25 de agosto de 2010 y 8 de septiembre del mismo año tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión cuatro escritos presentados en nombre y representación de las entidades France Telecom España, S.A. (en adelante, FTE), Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), Vodafone España, S.A.U. (en adelante VODAFONE) y Xfera Móviles, S.A. (en adelante, XFERA) mediante los que interponían recursos potestativos de reposición contra la Resolución del Consejo a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión, fechados el día 22 de septiembre de 2010, se informó a las cuatro entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del procedimiento de tramitación de los recursos potestativos de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y se les dio traslado de una copia de los escritos de interposición de los recursos presentados.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la LRJPAC, en atención al principio de economía procesal y dada la identidad sustancial de todos los recursos e íntima conexión entre ellos, se acordó la tramitación acumulada de los mismos en el expediente AJ 2010/1508.

### **Cuarto.- Alegaciones contenidas en los recursos de reposición presentados.**

Para mayor claridad expositiva, a continuación se resumen por separado las alegaciones contenidas en cada uno de los recursos interpuestos.

#### **a) Recurso presentado por FTE.**

La recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución de 22 de julio de 2010 al amparo de los artículos 62.2 y, en su caso, 63 de la LRJPAC por entender que vulnera el ordenamiento jurídico en los siguientes ámbitos:



**1. Vulneración de la normativa sectorial relativa a la imposición de obligaciones a los operadores de telecomunicaciones.**

La recurrente entiende que bajo la apariencia de un procedimiento de resolución de un conflicto, el procedimiento MTZ 2009/822 ha tenido por objeto la imposición de obligaciones específicas a operadores declarados con poder significativo de mercado, en concreto en este caso consistentes en la determinación de los precios. Esta intervención está sujeta a un marco regulador muy preciso, el previsto en el Título II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en particular en su artículo 13, desarrollado en los artículos 3 y 4 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), que impone el seguimiento de un procedimiento específico para la imposición de obligaciones a los operadores, procedimiento que no se ha respetado en este caso.

**2. Vulneración de la normativa sectorial relativa a la obligación de llevanza de un sistema de contabilidad regulatoria.**

La obligación de llevanza de un sistema de contabilidad regulatoria (contabilidad de costes) a la que está sujeta la recurrente como operador declarado con poder significativo de mercado en el mercado 7 (Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales), permite a esta Comisión tener información detallada sobre todos los extremos económicos del servicio mayorista demandado por ALTERNA, y en particular de los costes que soporta este operador.

De la información que dispone esta Comisión relativa a la contabilidad de FTE se desprende claramente que los precios ofertados a ALTERNA no son excesivos ni desproporcionados, por lo que partiendo de los datos objetivos obrantes en el expediente no está justificada la imposición de la obligación de negociar con ALTERNA sobre la base de precios distintos de los que se vienen aplicando.

En cuanto a la estructura de precios fijada por esta Comisión en la Resolución, además de mostrarse en desacuerdo con que no se haya elaborado partiendo de la información objetiva sobre costes que se dispone, también está en desacuerdo con que se haya limitado la posibilidad de repercutir algunos de los costes que se reflejan en la contabilidad regulatoria, ya que esto puede hacer que el servicio no sea rentable.

**3. La Resolución causa indefensión por falta de motivación.**

En opinión de FTE, la Resolución articula toda su argumentación para defender que los precios del servicio mayorista de mensajería Premium son excesivos y no proporcionados en la idea de que estos servicios son similares a los servicios de SMS convencionales, y que por tanto la diferencia de precio entre unos y otros aplicada no está justificada. Sin embargo, FTE defiende que dicha equiparación de servicios es errónea y que además esta Comisión no ha fundamentado ni motivado suficientemente la adopción de dicho criterio.

**b) Recurso presentado por TME.**

TME solicita la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida sobre la base del artículo 62.1, apartados a), b) y e), de la LRJPAC, que fundamenta en los siguientes motivos:



**1. Nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 b) de la LRJPAC por haberse dictado la Resolución por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.**

TME entiende que al dictar la Resolución impugnada sobre la base de sus competencias para intervenir en las relaciones entre los operadores y en particular resolver conflictos en materia de acceso e interconexión, esta Comisión se ha extralimitado de las mismas, y ello porque la denuncia de ALTERNA no planteaba unos hechos realmente constitutivos de un conflicto de acceso. En consecuencia, en este caso esta Comisión no estaba habilitada para intervenir en las relaciones entre los operadores y, por tanto, el acto ha sido dictado sin la habilitación competencial necesaria.

La recurrente cuestiona, por un lado, la existencia de un conflicto porque entiende que no se daban los suficientes elementos para determinar la existencia de falta de voluntad negociadora, y, por otro, la existencia de un conflicto de acceso, porque entiende que el servicio prestado por ALTERNA no es un servicio de comunicaciones electrónicas sino meramente un servicio de venta de contenidos digitales que se transportan por las redes de comunicaciones electrónicas.

Además de lo anterior, TME alega que hay extralimitación de competencias porque, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución, en lugar de resolver un conflicto entre operadores, esta Comisión está regulando un nuevo mercado, el de acceso a los contenidos digitales, que ni siquiera es un mercado de comunicaciones electrónicas.

**2. Nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 e) de la LRJPAC por imposición de obligaciones prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.**

Continuado con el razonamiento anterior, TME alega que puesto que mediante la Resolución recurrida se está regulando un mercado, el de acceso a contenidos digitales, y que esta intervención del regulador está sujeta a un marco jurídico muy concreto que exige la realización de un previo análisis y definición del mercado y de una consulta pública, entre otros trámites, esta Comisión ha intervenido prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

TME elabora su propio análisis del mercado en el que según ella se presta el servicio para concluir que, además de no haberse seguido el procedimiento preceptivo, tampoco procedía regular ex ante dicho mercado porque no se cumplen los requisitos exigidos para ello por la legislación sectorial.

**3. Nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC por lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (indefensión) al no haberse tenido en cuenta una parte esencial de las alegaciones aportadas al procedimiento.**

Como tercera alegación, la recurrente manifiesta que se ha vulnerado su legítimo derecho a la defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, porque esta Comisión ha resuelto el procedimiento sin tomar en consideración ciertas alegaciones formuladas por ella en el sentido siguiente:



- Tanto el servicio de mensajería entre abonados como los servicios de tarificación adicional sobre voz fija son claramente diferentes del servicio de mensajería Premium en cuanto a la aportación y papel del operador de acceso, y ello justifica que la estructura de precios sea distinta, proporcionando mayor margen comercial al operador titular de la red los servicios de acceso para mensajería Premium que los dos primeros.
- El modelo de precios conocido como *revenue sharing* está plenamente justificado.

**c) Recurso presentado por VODAFONE.**

La recurrente fundamenta su pretensión en la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada sobre la base del artículo 62.1, letras b) y e), de la LRJPAC, por haber sido dictado el acto sin la habilitación competencial necesaria y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, y del artículo 62.2 por infracción del ordenamiento jurídico al haberse producido falta de motivación y por tanto indefensión.

VODAFONE fundamenta su solicitud de nulidad en las siguientes alegaciones:

**1. Nulidad de pleno derecho por haberse dictado la Resolución sin la habilitación competencial necesaria.**

VODAFONE argumenta, en primer lugar, que al imponer la modificación de los precios mayoristas para el servicio de acceso a mensajería Premium, en lugar de resolver un conflicto, lo que esta Comisión ha pretendido es intervenir en el mercado de los SMS Premium, por lo que, al no tratarse de un mercado susceptible de regulación de regulación ex ante de acuerdo con lo establecido en la legislación sectorial comunitaria y española, esta Comisión ha actuado sin la habilitación competencial necesaria.

En realidad, la falta de competencia viene marcada, según la recurrente, por dos aspectos:

- Esta Comisión basa su habilitación competencial para intervenir en el conflicto en el artículo 14 de la LGTel, pero en el presente caso no existía un conflicto de acceso, y por tanto esta habilitación competencial no es válida para actuar en este supuesto.
- En cualquier caso, aunque efectivamente hubiera existido un conflicto de acceso, esta Comisión tampoco tenía competencias para adoptar la medida que recoge el Resuelve de la Resolución consistente en la intervención en cuanto a precios, es decir, la imposición de un precio al servicio mayorista de SMS Premium de VODAFONE, dado que el ejercicio de la competencia para resolver conflictos de acceso reconocida en el artículo 14 de la LGTel no se extiende a la imposición a los operadores de nuevas obligaciones que no se ya encuentren contempladas.

**2. Nulidad de pleno derecho por falta de motivación causando indefensión.**

En su Segundo motivo de impugnación la recurrente plantea la nulidad de la Resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC por vulnerar los artículos 89.3 y 54 de la misma Ley y el artículo 9.3 de la Constitución Española al no estar justificada ni motivada la decisión de esta Comisión de intervenir en un nuevo mercado y la “*condena al esquema económico del revenue share*”, lo que le ha causado indefensión y ha limitado sus derechos e intereses legítimos.



La recurrente encuentra falta de motivación tanto desde el punto de vista material (falta de habilitación competencial manifestada en el motivo anterior) como desde el punto de vista formal.

**3. Nulidad de pleno derecho por haberse dictado la Resolución prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.**

VODAFONE invoca los artículos 62.1 e), 54.1 y 89 de la LRJPAC para alegar que la Resolución recurrida ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido *“al no motivar el permanente cambio de criterio de la CMT a lo largo del procedimiento (reflejado en los sucesivos informes elaborados por los Servicios) que ha producido una clara indefensión”*.

En definitiva considera nuevamente que la Resolución no está suficientemente motivada ni justificada, en este caso en lo que se refiere al cambio de criterio reflejado en la misma con respecto al contenido de los dos informes de audiencia previos notificados a las partes.

**d) Recurso presentado por XFERA.**

XFERA solicita que se declare la nulidad de la Resolución de 22 de julio de 2010 pero sin fundar expresamente su pretensión en alguno de los motivos de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, tal y como requiere el artículo 107 de la misma Ley. La recurrente expone, como fundamentos de derecho de su solicitud, los siguientes:

- 1º) En cuanto al objeto del procedimiento MTZ 2009/822, la problemática planteada por ALTERNA que dio origen a la apertura del procedimiento ahora recurrido no es *“un verdadero conflicto en materia de obligaciones de interconexión y acceso”*, sino más bien *“un desacuerdo de precios en un conflicto de interconexión para poder acudir ante la CMT”*, como señala en la página 2 de su escrito de recurso. Puesto que no ha existido tal conflicto, esta Comisión no podía resolver sobre la base de las competencias que le atribuyen los artículos 11.4 y 14 de la LGTel. XFERA reclama una interpretación estricta del concepto de conflicto para evitar que los artículos 11.4 y 14 de la LGTel *“se conviertan en un cajón de sastre al que se acudirá cuando no se tenga una habilitación clara”*.
- 2º) Esta Comisión ha pretendido regular ex ante un nuevo mercado de comunicaciones electrónicas (mercado mayorista de acceso a SMS Premium) sin seguir el procedimiento legalmente establecido por la normativa sectorial. A esto añade la recurrente que si se hubiera seguido dicho procedimiento, que obliga al análisis y definición del mercado de forma previa como condición *sine qua non* a la regulación, se habría constatado que existe competencia efectiva en el mismo y que por tanto no es posible una intervención pública en el mismo.

Según la recurrente, aunque la Resolución señala que la solución propuesta al conflicto solo afecta a las partes en conflicto, es evidente que otros operadores en la misma situación que ALTERNA reclamarán la aplicación de las mismas condiciones.

**Quinto.- Escritos de TME comunicando acuerdos de precios.**

Con fechas 29 de octubre, 4 y 16 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión tres escritos de TME mediante los que esta entidad ponía en conocimiento de



este organismo los acuerdos suscritos con la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles, representante en dicha negociación de diversos proveedores de servicios de mensajería Premium entre los que no se encuentra ALTERNA, en los que se fija una estructura de precios de acuerdo al modelo conocido como *revenue sharing*.

En relación con dichos escritos esta Comisión ha entendido sin embargo que no se trata de una cuestión que deba ser resuelta en el marco del presente procedimiento, cuyo objeto debe ser limitarse estrictamente al análisis de legalidad de la Resolución de 22 de julio de 2010.

#### **Sexto.- Alegaciones a los recursos presentados.**

Con fechas 27 de septiembre y 25 de octubre de 2010 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión cinco escritos de ALTERNA mediante los cuales presentaba alegaciones a los distintos recursos interpuestos.

Por otra parte, con fechas 5 de octubre y 15 de noviembre de 2010 se recibieron otros dos escritos de las entidades VODAFONE y AVA respectivamente, mediante los que asimismo presentaban sus alegaciones a los recursos presentados.

#### **Séptimo.- Declaraciones de confidencialidad.**

A lo largo del procedimiento se han declarado confidenciales los datos aportados por los interesados que se ha entendido que podían afectar a su secreto comercial o industrial.

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

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES**

#### **Primero.- Calificación de los escritos.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión, 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.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece 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.

Las entidades recurrentes califican expresamente sus escritos como recursos potestativos de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar los escritos presentados por las recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2009, sobre el conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A.,



Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

### **Segundo.- Legitimación de las entidades recurrentes.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento MTZ 2009/822 en el que se dictó la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a todas las entidades recurrentes para la interposición de los presentes recursos.

### **Tercero.- Admisión a trámite.**

Los recursos administrativos que interpongan los interesados habrán de estar fundamentados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley y deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110.

A su vez, según lo dispuesto por el artículo 117.1 de la LRJPAC, los recursos potestativos de reposición dirigidos contra actos administrativos expresos deberán interponerse en el plazo de un mes.

En el presente caso, todos los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y se fundamentan, salvo en el caso del recurso presentado por XFERA, en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

Si bien XFERA no se refiere expresamente en su escrito de recurso a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, limitándose a solicitar que se declare la nulidad de la Resolución recurrida, y, subsidiariamente, que se amplíe el plazo para la negociación de un acuerdo con ALTERNA, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a esta Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad. Por otra parte, el contenido de sus alegaciones nos lleva a la interpretación de que la recurrente invoca incompetencia por razón de la materia y omisión del procedimiento legalmente establecido en la adopción del acto recurrido, motivos de nulidad previstos en los artículos 62.1, letras b) y e), de la LRJPAC.

Por todo lo anterior, procede admitir a trámite los cuatro recursos de reposición presentados.

### **Cuarto. Competencia para resolver.**

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.





## II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

### **Preliminar.- Coincidencia de alegaciones formuladas y sistemática a seguir en la exposición de las mismas.**

Como ya se ha señalado, según el 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. En el presente caso, las entidades recurrentes basan sus recursos de reposición en la posible concurrencia de varias de las causas de nulidad recogidas en el artículo 62 de la LRJPAC. En concreto, denuncian la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida al amparo del apartado 1 del artículo 62, letras a), b) y e), y del apartado 2 del mismo artículo, que prevén lo siguiente:

*“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*(.....)*

- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (.....).*

*(.....)*

*2. También serán nulas de pleno las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, (.....).”*

Procede analizar a continuación la concurrencia o no de las concretas causas de nulidad invocadas por las entidades recurrentes en sus distintos recursos, para lo cual deberemos entrar a analizar el contenido de las alegaciones formuladas por cada una de ellas.

Aunque vienen fundamentadas sobre las base de distintos apartados del artículo 62 de la LRJPAC, las recurrentes plantean alegaciones coincidentes en cuanto al contenido material o de fondo, por lo que en aras de la claridad expositiva se ha optado por sistematizar su exposición y análisis en torno a cuatro argumentaciones principales que se desarrollan en los apartados que siguen a continuación.

A la vista de la fundamentación jurídica efectuada por algunas recurrentes, que solicitan la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida invocando lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC, procede hacer mención, antes de abordar el análisis detallado de las alegaciones, a los requisitos necesarios para la aplicación de dicho artículo.

El citado artículo alude a la nulidad de pleno derecho de “*disposiciones administrativas*”, esto es, disposiciones de carácter general o disposiciones reglamentarias, y en el presente caso el acto impugnado es un acto administrativo finalizador de un procedimiento (acto administrativo de carácter resolutorio), por lo que no resulta de aplicación. No obstante, de acuerdo con el principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, debe analizarse en todo caso si el acto administrativo impugnado podría resultar anulable



por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC. Para ello, procede entrar a analizar el contenido de las alegaciones de las recurrentes.

**Primero.- Sobre la presunta nulidad de la resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 b) de la LRJPAC por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.**

Atendiendo al contenido de lo resuelto por el Consejo, todas las recurrentes en mayor o medida, aunque principalmente TME y VODAFONE, entienden que la Resolución de 22 de julio de 2010 se ha dictado sin disponer de la habilitación competencial necesaria y, por tanto, con extralimitación de las competencias legalmente atribuidas. Esta idea la sustentan principalmente en dos motivos:

i) La Resolución enmarca su habilitación competencial para intervenir en el procedimiento recurrido en los artículos 11.4 y 14 de la LGTel y, sin embargo, el caso planteado por ALTERNA que dio origen a la apertura del mismo no era realmente constitutivo de un conflicto de interconexión, por lo que esta Comisión no podía actuar sobre la base de los artículos citados.

ii) En segundo lugar, aun en el caso de que efectivamente hubiera existido un conflicto y estuviera justificada la intervención de esta Comisión en el mismo, la solución adoptada en la Resolución de 22 de julio de 2010 supone una extralimitación de las competencias que los artículos invocados (artículos 11.4 y 14 de la LGTel) le otorgan para conocer de los conflictos que se susciten entre operadores, y esta Comisión habría vulnerado los principios de mínima intervención y de libertad de pactos al acordar medidas como las siguientes:

- La supresión del modelo o sistema de precios que viene siendo aplicado en el mercado.
- La obligación de negociar sobre la base de un nuevo sistema de precios definido por el regulador.

**a) Sobre el concepto de conflicto de acceso.**

Entre las funciones que la LGTel atribuye a esta Comisión se encuentran, por un lado, la función prevista en el artículo 48.3 a) para arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores, y, por otro lado, la prevista en la letra d) del mismo artículo, que se refiere a *“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley (.....)”*, desarrollada en los artículos 11.4 y 14 del citado Título II de la misma Ley.

A diferencia de lo que ocurre con el ejercicio de la potestad de arbitraje, sometida al derecho privado y donde es necesario que las partes hayan declarado expresamente su voluntad de someter sus controversias a arbitraje, en el caso de la resolución de conflictos, se trata de un mecanismo sometido al Derecho Administrativo (LRJPAC), se prevé específicamente para determinadas materia tasadas en la Ley y no es necesaria para la intervención de esta Comisión la voluntad o acuerdo de ambas partes. Basta con que una de ellas lo solicite para que pueda entrar a la Comisión a resolver el conflicto. Es más, esta competencia puede ejercerse incluso de oficio.



El ejercicio de esta función tiene por objeto, tal como prevé el artículo 11.4 de la LGTel, “fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios”.

No existe en la LGTel una definición de conflicto, aunque sí de acceso y de interconexión<sup>1</sup>. A falta de una definición en la normativa sectorial que resulta de aplicación, cabe acudir como punto de partida a la definición que de esta palabra ofrece la Real Academia de la Lengua Española, que como acepción cuarta recoge la de “*Problema, cuestión, materia de discusión.*”

En segundo lugar, cabe acudir a la Jurisprudencia, de la que sí puede extraerse una idea más clara de lo que debe entenderse por conflicto de acceso o de interconexión en el ámbito específico de las comunicaciones electrónicas. A estos efectos procede citar las SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava) de 23 de mayo de 2008 y 27 de enero de 2006, en las que también se alegaba por parte de las recurrentes la inexistencia de conflicto, y en las que la Audiencia delimita en cierta forma los elementos mínimos que han de darse para que resulte justificada la intervención de esta Comisión en el conflicto. Así, en la primera de ellas, se señala lo siguiente (Fundamento de derecho tercero):

“

*En suma, no sólo existe un marco legal y reglamentario que, con precisión, determina la competencia de la CMT en casos como el sustanciado, sino, también, de la clara dicción del artículo 6 de la meritada Orden de 14 de octubre de 1999, se infiere que no se requiere que exista acuerdo de las partes para acudir a la CMT para que resuelva el conflicto, es suficiente que éste exista y que una de las partes inste, en consecuencia, a la CMT, como sería el caso, en el que "TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA" (TME) así lo hace el día 16 de mayo de 2003, como meridianamente se desprende de los documentos obrantes en el expediente administrativo.*”

Y en la SAN de 27 enero 2006, ya citada en la Resolución recurrida, en la que la queja de la demandante se plantea también respecto a la interpretación realizada por esta Comisión de la inexistencia de acuerdo cuando a su juicio no se ha permitido la negociación necesaria para facilitararlo, la Audiencia indica que:

*“(.....), argumenta la demandante que para que la CMT pueda conocer sobre el conflicto de interconexión debe ser clara la inexistencia de acuerdo entre las partes, circunstancia que en este caso no ha ocurrido, (.....).*

*(...) Aún cuando de los términos del escrito de Telefónica no parecen los más adecuados e idóneos para la obtención de un acuerdo sobre la materia, lo cierto es que en el mismo se expresaba con claridad cual era la posición de dicha entidad sobre los nuevos precios, al igual que las manifestaciones de Colt al respecto, oponiéndose de forma "firme" a dicha pretensión apelando a la naturaleza de oferta de la OIR. Así las cosas, las rotundas posiciones de las partes, y la inexistencia de posteriores intentos en tal sentido, evidenciaban la falta de consenso entre dichas entidades y*

<sup>1</sup> Anexo II

2. Acceso: la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

(...)

14. Interconexión: la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas.



permitió a la CMT concluir motivadamente la falta de voluntad negociadora entre las partes que, junto al escrito de Telefónica de 1 de agosto de 2003 instando el conflicto de Interconexión sirve de fundamento a la intervención de la CMT.”

Atendiendo a todo lo expuesto, para que la intervención de la Comisión en ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 14 de la LGTel resulte justificada basta con que exista una discrepancia entre éstos, entendida como cualquier materia o cuestión objeto de discusión y manifestada por hechos distintos en cada caso, en el ámbito del derecho de acceso a redes, y que la misma sea apreciada bien por alguna de las partes, bien por la propia Comisión de oficio. Dándose lo anterior, esta Comisión está habilitada para conocer del conflicto, con independencia de cual sea el resultado de la intervención y el sentido de la solución que se ponga al mismo.

En este sentido, TME, VODAFONE y XFERA cuestionan que en el marco de sus relaciones comerciales con ALTERNA para la prestación de servicios de mensajería Premium existiera un conflicto en los términos que se acaban de definir porque no hubo por su parte negativa a negociar. Asimismo, estos operadores junto con XFERA indican que en el momento de plantearse el conflicto ALTERNA prestaba servicios a través de sus redes siendo ese acceso adecuado.

Frente a estas alegaciones, cabe señalar, en primer lugar, que en el presente caso el soporte legal para la intervención de la Comisión quedó plenamente justificado en el apartado II.4 de la Resolución. En todo caso, teniendo en cuenta la delimitación del concepto de conflicto aquí planteado, no queda sino reiterar que, mediante su escrito fechado el 8 de mayo de 2009 y los sucesivos escritos de fecha posterior, efectivamente ALTERNA puso de manifiesto ante esta Comisión la existencia de un conflicto de acceso.=-

Pues bien, no cabe duda de que en este caso hubo efectivamente un conflicto al que los operadores TME y VODAFONE eludieron dar respuesta sin que quedase demostrada a lo largo del procedimiento la existencia de una auténtica voluntad negociadora dirigida a la conclusión de un acuerdo conforme a la nueva situación regulatoria. La discrepancia en relación con los precios se puso de manifiesto por una de las partes en conflicto, lo que resulta suficiente para que esta Comisión resulte habilitada para conocer del mismo.

Efectivamente, ha quedado indubitadamente acreditado en el procedimiento al que la Resolución ahora recurrida puso fin, así como en las posiciones manifestadas por los recurrentes en los recursos ahora examinados, la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las condiciones económicas aplicables en su relación de acceso.

Los precios constituyen un elemento esencial de las relaciones de acceso e interconexión, de manera que la existencia material del acceso o la interconexión no agota, en modo alguno, las materias que pueden justificar la intervención de esta Comisión en sede de conflicto.

**b) Sobre la competencia de esta Comisión para conocer de los conflictos que en materia de obligaciones de interconexión y acceso se susciten entre los operadores.**

Las recurrentes cuestionan que esta Comisión pueda, en ejercicio de su competencia para la resolución de conflictos en materia de obligaciones de acceso, imponer a los operadores obligaciones distintas de las obligaciones específicas que ya les han sido impuestas como consecuencia de la definición de los distintos mercados de referencia y la designación de operadores con poder significativo de mercado (PSM).



Como ya se ha indicado con anterioridad, esta Comisión justifica su habilitación competencial para intervenir en el conflicto objeto del expediente recurrido en el artículo 48.3 d) de la LGTel y en el régimen jurídico del acceso a las redes y recursos asociados e interconexión, recogido en el Título II, Capítulo III de la misma Ley y en el Título III del Reglamento de Mercados, al que están sujetos todos los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas. En este sentido el artículo 22.1 del Reglamento de Mercados expresa que:

*“Las disposiciones de este título, relativas a la interconexión y a los accesos a las redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, se entenderán aplicables a todos los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final, y sin perjuicio de las condiciones que, de conformidad con lo establecido en el título II, puedan establecerse sobre los operadores declarados con poder significativo de mercado.”*

El artículo 23.3 del Reglamento de Mercados, reconoce a esta Comisión entre otras competencias las siguientes:

- a. *“Podrá intervenir en las relaciones entre operadores (...)”.*
- b. *“Conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la LGTel (.....)”.*
- d. *“Podrá establecer obligaciones sobre acceso o interconexión a los operadores o proveedores en la medida en que, de acuerdo con la normativa comunitaria, sea necesario para garantizar el acceso a los usuarios finales a determinados servicios (.....)”.*

El artículo 14 de la LGTel establece que la Comisión, *“previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, (...)”*, definiendo el margen de actuación de la Comisión en la resolución del conflicto de forma muy genérica y amplia.

La Resolución recurrida ya fundamentaba sobradamente que la intervención de esta Comisión en los conflictos puede tener lugar aun en el caso de operadores que no tengan la condición de dominantes, como se desprende del artículo 22.1 del citado Reglamento, y aunque no se trate de servicios enmarcados en mercados regulados (mercados declarados como susceptibles de regulación ex ante)<sup>2</sup>, dado que el régimen regulador de la obligación y derecho al acceso a las redes es independiente del régimen de regulación ex ante de los mercados al que se dedica el Título II del Reglamento de Mercados.

Por otro lado, esta Comisión debe perseguir, en todo caso, en su resolución sobre los extremos en conflicto que la solución que adopta esté en línea con la consecución de los objetivos y principios que está llamada a proteger, tanto los generales del artículo 3 de la LGTel como los específicos del derecho de acceso, pero sin más limitaciones que las de establecer unas condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

En definitiva, teniendo en cuenta el amplio margen de actuación que plantea el artículo 14 de la LGTel y el resto de artículos anteriormente citados, la actuación de esta Comisión en la resolución del conflicto estará justificada siempre que no se aparte de la consecución de

---

<sup>2</sup> Así lo ha expresado la Audiencia Nacional en diversas Sentencias, como la citadas en la Resolución recurrida, en las que se expresa que *“La decisión recurrida no ampliaba de facto el ámbito subjetivo de aplicación de obligaciones exclusivas de operadores declarados dominantes a otros que no lo son, sino que la CMT, actuando en ejercicio de sus competencias se limita a resolver un conflicto de interconexión con arreglo a criterios y razones objetivas...”*.



los principios y objetivos señalados. En este sentido, lo resuelto por esta Comisión en la Resolución recurrida en la línea de prohibir la aplicación de precios discriminatorios y de obligar a negociar conforme a unos precios más proporcionados se encuentra plenamente comprendido en la habilitación competencial que el ordenamiento jurídico sectorial reconoce a este organismo.

Esta interpretación ha sido validada por la Jurisprudencia que, como ya ponía de manifiesto la propia Resolución recurrida, ha reconocido la competencia de esta Comisión para decidir sobre la estructura o el sistema de determinación de los precios e incluso sobre su cuantía cuando los interesados no han podido llegar a un acuerdo<sup>3</sup>. Las únicas condiciones exigidas por la Jurisprudencia para que la actuación del regulador sea legítima son que el establecimiento del sistema de precios se realice de forma razonable y no arbitraria, algo que queda suficientemente razonado a lo largo de toda la Resolución, en la que se analiza con detalle la estructura de precios aplicados a ALTERNA en la prestación del servicio mayorista de conexión a las redes móviles para concluir que éstos son desproporcionados y discriminatorios.

A la hora de dar solución al conflicto, esta Comisión, precisamente en aplicación del principio de mínima intervención que siempre debe presidir su actuación, ha evitado fijar la cuantía de los precios para limitarse a imponer una serie de condiciones en cuanto a su determinación y a acotarlos de forma que no superen una determinada cuantía, tal y como se expresa en la página 26 de la Resolución<sup>4</sup>. Así, la Resolución resuelve sobre los extremos en conflicto instando, por un lado, a dejar de aplicar el modelo tarifario de *revenue sharing* por considerarlo desproporcionado, y, por otro lado, a fijar los precios conforme a una estructura distinta que se ajuste a una serie de mínimos para garantizar que dichos precios sean razonables, en concreto que se trate de un único precio unitario por servicio no superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, al que se podrán añadir una serie de márgenes adicionales.

En atención a todo lo expuesto, cabe concluir que esta Comisión, al obligar en la Resolución impugnada a los operadores de red a fijar los precios de sus servicios conforme a las anteriores pautas no se ha extralimitado en modo alguno en el ejercicio de sus funciones, dado que la posibilidad de determinar estos aspectos queda comprendida en el margen de actuación que tanto la Ley como los Tribunales de Justicia han reconocido a esta Comisión.

Deben desestimarse, por tanto, todas las alegaciones de las recurrentes que se dirigen a cuestionar la habilitación competencial de esta Comisión tanto para conocer del conflicto como para imponer una medida como la adoptada y confirmarse el modelo de estructura tarifaria para el servicio mayorista soporte de SMS Premium fijado en la Resolución recurrida.

**Segundo.- Sobre la presunta nulidad de la resolución impugnada al amparo de los artículos 62.2 y 62.1 e) de la LRJPAC por imponer a las entidades recurrentes obligaciones con omisión del procedimiento legalmente establecido.**

Como continuación a la argumentación señalada en el Fundamento de derecho anterior sobre la falta de competencias para resolver sobre la estructura de precios de los operadores de acceso, las entidades recurrentes manifiestan que a través de lo que era un

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, en la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2005.

<sup>4</sup> Prueba de ello debe considerarse también el hecho de que ALTERNA, con posterioridad a la fecha de la Resolución recurrida, haya solicitado a esta Comisión que vaya más allá y fije los precios del servicio mayorista en el que se enmarca el presente conflicto, lo que ha originado la apertura de un nuevo procedimiento.



procedimiento de resolución de un conflicto, con efectos únicamente interpartes, esta Comisión ha pretendido regular un mercado, el de los servicios de mensajes cortos desde redes móviles, que no se encuentra entre los mercados susceptibles de regulación ex ante, y además lo ha hecho sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En definitiva, las recurrentes entienden que la solución dada al conflicto por esta Comisión mediante la Resolución de 22 de julio de 2010, consistente en instar a los operadores de acceso a que ofrezcan sus servicios mayoristas de conexión a sus redes móviles a ALTERNA conforme a una estructura tarifaria basada en un único precio unitario por servicio o mensaje supone, en realidad, la imposición de una obligación de control de precios, o lo que es lo mismo, regular ex ante un mercado mayorista sin realizar los análisis de mercado ni seguir el procedimiento legalmente establecido. Puesto que la imposición de obligaciones a los operadores de los mercados de comunicaciones electrónicas, entre las que se encuentra la de control de precios, es una de las herramientas básicas de la regulación ex ante, los operadores alegan que mediante la Resolución de un conflicto se ha regulado un mercado (se ha impuesto una obligación) sin seguir los preceptivos procedimientos (artículo 4 del Reglamento de Mercados), entre ellos el análisis del mercado de acceso a SMS Premium.

En este sentido, TME apunta que esta Comisión no puede sostener que *“solamente está resolviendo el conflicto planteado por Alterna cuando todos los operadores de acceso a las redes móviles son parte en el citado conflicto y a todos les está imponiendo la misma obligación consistente en la aplicación de un precio único por servicio. El efecto derivado de la Resolución recurrida no es otro que regular el mercado de acceso a la mensajería Premium, esto es, un mercado de acceso a contenidos”*.

Para VODAFONE la medida aprobada equivale *“a la imposición de obligaciones específicas tras la declaración de Vodafone como operador con Poder Significativo de un Mercado de acceso a SMS Premium que, la CMT podría eventualmente definir y analizar siempre y cuando el mismo no se desarrolle en un entorno de competencia efectiva”*, situación que a juicio del operador no se da.

TME y XFERA añaden que, a mayor abundamiento, aunque se hubiera seguido el procedimiento legalmente establecido que requiere el análisis y definición del mercado para analizar el nivel de competencia existente en el mismo, la regulación y por tanto la imposición de obligación no hubiera sido posible porque en tal mercado sí existe competencia efectiva.

En respuesta a las anteriores alegaciones, procede significar lo siguiente:

**a) Sobre el régimen jurídico de acceso e interconexión.**

Como ya se ha señalado, esta Comisión enmarca el procedimiento recurrido en la resolución de un conflicto en materia de obligaciones de acceso sujeto al régimen jurídico de acceso a las redes y recursos asociados e interconexión que recoge el Título II, Capítulo III de la LGTel.

Este marco normativo distingue entre unas obligaciones, principios y condiciones genéricas exigibles a todos los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y unas obligaciones específicas que pueden imponerse exclusivamente a los operadores declarados con poder significativo en mercados de referencia recogidas en el artículo 13 de la LGTel con el título *“Obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en*



*mercados de referencia*”, para las que deben seguirse los procedimientos específicos a los que está sujeta la regulación ex ante.

La intervención de esta Comisión para la solución de conflictos en materia de obligaciones de acceso está contemplada por la LGTel para cualquiera de estos dos ámbitos y por tanto nada tiene que ver que el mercado en el que se enmarque el conflicto objeto de intervención por esta Comisión, en este caso el de los servicios SMS Premium, sea un mercado regulado, o que los operadores implicados tengan o no PSM en el mismo, con la habilitación de esta Comisión para entrar a conocer del conflicto puesto que nos encontramos ante un régimen que afecta a todos los operadores por igual.

Lo importante es que exista verdaderamente un conflicto en una relación de acceso con independencia de que la relación de acceso provenga del cumplimiento de una obligación de dar acceso o de un acuerdo entre partes en el que ninguna de ellas tenga impuesta la obligación de ofrecer el acceso.

En el caso que nos ocupa, las partes ya tenían suscrito un acuerdo de acceso y lo que se discutía era la modificación de las condiciones del acceso. Por lo tanto, existiendo el conflicto, le es de aplicación el artículo 14 de la LGTel, que indica que *“De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

No podemos olvidar que el artículo 22 del Reglamento de Mercados en su apartado primero señala que *“Las disposiciones de este título<sup>5</sup>, relativas a la interconexión y a los accesos a las redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, se entenderán aplicables a todos los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final, y sin perjuicio de las condiciones que, de conformidad con lo establecido en el título II, puedan establecerse sobre los operadores declarados con poder significativo de mercado”*.

En lo que se refiere en particular a la intervención de esta Comisión en materia de conflictos de acceso, por ser el supuesto en el que se enmarcó el conflicto que se analiza, ésta se apoya también en la necesidad de garantizar el cumplimiento del siguiente principio, recogido en el artículo 11.3 de la LGTel:

*“No existirán restricciones que impidan que los operadores negocien entre sí acuerdos de acceso e interconexión. (...)”*

Pues bien, tal y como se señalaba en el Fundamento de derecho anterior, corresponde a esta Comisión hacer efectivo el cumplimiento de estos artículos y de todo el régimen jurídico recogido en el Título II, Capítulo III, de la LGTel y la intervención en los conflictos que puedan surgir entre operadores es una de las herramientas contempladas para ello.

En sus alegaciones, las entidades recurrentes confunden el régimen jurídico de la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas, que requiere del análisis de los mercados de referencia, la determinación de la existencia o no de competencia efectiva y otros procedimientos con el régimen general de acceso a las redes y recursos asociados, e identifican toda intervención del regulador con la imposición de obligaciones específicas a operadores en el marco de mercados regulados, limitando y reduciendo las funciones que la propia Ley le reconoce.

---

<sup>5</sup> Título III del Reglamento que desarrolla el régimen general recogido en el Título II, Capítulo III de la LGTel.





En definitiva, ni la intervención de esta Comisión en los conflictos en materia de obligaciones de acceso e interconexión tiene que limitarse a conflictos suscitados en el marco de mercados regulados, ni las medidas impuestas por la Comisión a los operadores en conflicto, como solución al mismo, suponen una imposición de obligaciones específicas, para lo que deberán seguirse efectivamente los procedimientos previstos en la legislación sectorial, más concretamente en el artículo 10 de la LGTel y el Título II del Reglamento de Mercados. Por tanto, no hay en este caso omisión alguna del procedimiento legalmente establecido puesto que tal procedimiento no era de aplicación al supuesto en el que nos encontramos.

Aunque todas las recurrentes plantean la omisión del preceptivo estudio y análisis del mercado, TME y XFERA van un paso más allá aportando su propio análisis y definición del mercado de los servicios de mensajería Premium para determinar que se desarrolla en un entorno de competencia efectiva. Tal análisis y definición del mercado realizado por las recurrentes no procedía en este caso ya que, como se ha señalado, no nos encontramos ante un proceso de imposición de obligaciones específicas sino ante la solución de un conflicto, intervención sujeta a un régimen jurídico distinto del alegado.

Para terminar, no cabe duda de que esta Comisión resolvió un conflicto entre unos determinados operadores de acceso móvil y ALTERNA en el ejercicio de las competencias que sobre esta materia le otorgan los artículos 11.4 y 14 de la LGTel, procedimiento previsto para la resolución de las discrepancias puntuales que puedan darse entre operadores y que no exige ningún análisis de mercado, así como de que dicha solución extiende sus efectos y resulta vinculante exclusivamente para las partes en conflicto<sup>6</sup>.

**b) Sobre la consideración del servicio objeto del conflicto como servicio de comunicaciones electrónicas.**

TME completa sus alegaciones señalando que el servicio objeto del procedimiento es un servicio de contenidos digitales y no de comunicaciones electrónicas. En este sentido, esta entidad considera que la fijación de los precios entre ellos y Alterna afectaría al mercado de comercialización de contenidos digitales que queda fuera del ámbito competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por lo que no hay base competencial para intervenir.

El servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes es un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el que se permite enviar mensajes de texto o mensajes multimedia. Supone un tráfico de datos sobre redes móviles. Se ajusta, por tanto, a la definición recogida en el punto 30 del Anexo II de la LGTel que describe el servicio de comunicaciones electrónicas como *“el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (...) pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas (...)”*.

Los servicios de SMS Premium consisten en la remisión de este tipo de mensajes y, aunque con una arquitectura distinta, negarles su carácter de servicios de comunicaciones electrónicas supondría el negárselo también a los SMS convencionales que implican una actividad de acceso y transmisión de datos similar.

---

<sup>6</sup> Razón por la cual se ha entendido que el análisis de los acuerdos sobre precios alcanzados entre TME y otros prestadores de servicios de mensajería Premium y comunicados a esta Comisión en el marco de este procedimiento de resolución de recurso administrativo no es objeto del mismo.



En este mismo sentido, el artículo 6 de la Orden ITC/308/2008 exige para la obtención de recursos públicos de numeración de SMS Premium que los solicitantes sean operadores que proporcionen servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, reconociendo el carácter de servicios de comunicaciones electrónicas a la actividad realizada por ALTERNA.

**c) Sobre los requisitos para la apreciación de la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC.**

Con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han manifestado, para apreciar la existencia de una causa de nulidad, que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino que también deba quedar oportunamente acreditada la misma. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 se dice claramente que:

*“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurren, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparental (...)”*

Y más concretamente, respecto a las causa de nulidad por presunta infracción del procedimiento administrativo del artículo 62.1.e) de la Ley, la jurisprudencia prevé la necesaria concurrencia de una serie de requisitos específicos, señalados, entre otras, por las SSTS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) y de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7457).

En el apartado a) del Fundamento Segundo de la STS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) se dice lo siguiente:

*“(...) con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, que la jurisprudencia establece que para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia de 15 de octubre de 1997 de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: STS de 10 de octubre de 2000, 3ª, 7ª, núm. 219/1999.”*

En el caso que nos ocupa, no concurre infracción procedimental alguna porque, como se ha razonado en los puntos anteriores, no nos hallamos ante la presunta omisión de un procedimiento de imposición de obligaciones, como las recurrentes alegan, sino frente a un procedimiento de solución de un conflicto en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 14 de la LGTel. Por tanto, no procede acoger el motivo de recurso aquí analizado.



**Tercero.- Sobre la presunta vulneración de la normativa sectorial relativa a la obligación de llevanza de un sistema de contabilidad regulatoria.**

Además de entender que se ha vulnerado el marco jurídico relativo a la imposición de obligaciones, FTE alega que también se habría vulnerado el régimen jurídico relativo a la obligación de llevanza de un sistema de contabilidad de costes, solicitando por este motivo la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida sobre la base del artículo 62.2 de la LRJPAC.

FTE alega que de acuerdo a las obligaciones de contabilidad de costes y separación de cuentas que tiene establecidas en el mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, ha remitido a esta Comisión los datos de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2008 conforme a los criterios requeridos por esta Comisión y a la luz de los mismos se evidencia la razonabilidad del precio ofrecido a Alterna conforme al modelo de negocio *revenue sharing* lo que invalida las afirmaciones que se realizan por parte de esta Comisión a lo largo del procedimiento en las que se señala que los operadores móviles están ofertando “precios excesivos”.

Entiende asimismo la operadora que, pese a que la Comisión reconoce la posibilidad de añadir conceptos adicionales al precio básico del SMS convencional limita la posibilidad de repercutir los demás costes que se recogen en la contabilidad regulatoria. Además, FTE alega que no resulta justificable que existiendo datos fehacientes sobre estructuras de costes y elementos perfectamente cuantificables y previamente definidos por el mismo regulador para imputar los costes, la Comisión se aparte de los datos objetivos y cree una estructura de precios que no se sustenta en ellos.

En este sentido, además de reiterar lo ya indicado sobre el supuesto previsto en el artículo 62.2 de la LRJPAC y su falta de encaje en el caso concreto que nos ocupa, debe señalarse lo siguiente:

Es cierto que FTE, junto con el resto de operadores obligados, remite a esta Comisión anualmente, de acuerdo con las obligaciones que tiene establecidas, el modelo auditado de contabilidad de costes correspondiente a cada uno de los ejercicios contables establecidos, pero lo que no se puede considerar como cierta es la afirmación de FTE de que tales datos ponen de manifiesto la razonabilidad del modelo de *revenue sharing*. Las razones que evidencian estas circunstancias son las siguientes:

- (i) De los dos servicios subyacentes que pueden diferenciarse en la prestación de los SMS Premium (servicio soporte y acceso al contenido Premium), los operadores de acceso (entre los que se encuentra FTE) únicamente incurren en costes derivados de la prestación del primero de ellos, ya que el contenido no es propiedad de los operadores de acceso sino de otros agentes que se encargan de elegirlos, empaquetarlos y diseñar su formato para la recepción en un terminal móvil. Por tanto, el modelo de *revenue sharing* no es en absoluto razonable con el esquema anterior, dado que sobre la base del mismo los operadores de red reciben ingresos tanto derivados del servicio soporte que sí prestan y por el que incurren en costes, como del contenido sobre el cual no aportan valor alguno ni incurren en costes para su adquisición, empaquetamiento o diseño.
- (ii) Por otra parte, y atendiendo a los datos de la contabilidad de costes correspondientes al ejercicio 2008, no resulta admisible que FTE defienda la razonabilidad de los precios aplicados a partir del modelo *revenue sharing* cuando, como ya se recogía en la Resolución que trae a causa del presente procedimiento, las relaciones mayoristas



establecidas acogiéndose al modelo anterior rompen totalmente la lógica minorista por la cual los consumidores demandan estos servicios en función de su contenido y partiendo de éste se establecen los precios finales, y sin embargo, los costes de acceso (que proporcionan los modelos contables aludidos por FTE) suponen en algunos casos más del 60% del precio minorista. En definitiva, esta Comisión considera que los precios mayoristas vigentes en el momento de adopción de la Resolución recurrida no se justifican sobre la base de los servicios prestados por los operadores de acceso y no respetan los principios de transparencia y proporcionalidad exigibles.

Por último, y en lo que respecta a la alegación de FTE referente a que esta Comisión no utilice la estructura de costes definida en los modelos contables aprobados por ella misma y cree una estructura de precios que no se sustenta en ellos, cabe responder que al no ser este servicio un servicio regulado al que se le ha impuesto una obligación de orientación a costes, esta Comisión no tendría por qué utilizar la estructura de costes derivada del modelo contable regulatorio para determinar la estructura tarifaria en el ámbito de un conflicto entre partes. Sin embargo, dada la riqueza de la información recogida en estos modelos esta Comisión sí que los ha tomado como referencia para valorar la razonabilidad del modelo tarifario mayorista establecido entre las partes, comprobando sobre la base de los mismos la falta de proporcionalidad de los precios así establecida.

En conclusión, ninguna de las alegaciones de infracción de la normativa sectorial relativa a la obligación de llevanza de un sistema de contabilidad regulatoria ha quedado acreditada y por tanto ninguna de ellas puede tener favorable acogida.

#### **Cuarto.- Sobre la posible falta de motivación de la Resolución recurrida causante de indefensión.**

FTE, VODAFONE y TME alegan que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho por vulneración del ordenamiento jurídico (artículos 9.3 de la Constitución y 54.1 de la LRJPAC), en el caso de las dos primeras, y por lesionar derechos susceptibles de amparo constitucional en lo relativo al derecho a la defensa recogido en el artículo 24 de la Constitución, en el caso de la tercera, que fundamentan sobre la base de los artículos 62.2 y 62.1 a) de la LRJPAC.

Las tres recurrentes consideran que la Resolución recurrida adolece de falta de motivación en relación con distintos aspectos de la medida adoptada como solución al conflicto, en particular los siguientes:

1. FTE y TME entienden que la medida adoptada en la Resolución se sustenta en la equiparación de dos servicios, SMS Premium y SMS entre abonados, que son diferentes. A juicio de estos operadores ambos servicios presentan claras diferencias en cuanto a los elementos de redes afectados, el riesgo de impagos, atención al cliente, facturación, etc. y en definitiva la aportación que realiza el operador móvil a la prestación de los mismos, que justifica la aplicación del modelo de precios *revenue sharing*.

TME se muestra también en desacuerdo con la equiparación realizada en la Resolución de los SMS Premium con los servicios de tarificación adicional sobre voz fija.

2. Según VODAFONE, no se justifica suficientemente la no conveniencia del modelo *revenue sharing* ni la bondad del sistema propuesto, ya que la nueva estructura



basada en precios fijos sería discriminatoria frente a la actual, al establecerse unos precios fijos no basándose en el precio final del servicio.

3. Tanto VODAFONE como FTE alegan que esta Comisión ha cambiado de criterio con respecto a los informes de audiencia elaborados por los servicios sin motivarlo adecuadamente, afectando a la posibilidad de defensa de los afectados.

Como contestación a estas alegaciones procede significar lo siguiente:

**a) Sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos.**

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 2009<sup>7</sup>, de 26 de mayo de 2009<sup>8</sup> y de 7 de marzo de 2006<sup>9</sup>.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996<sup>10</sup> y de 3 de mayo de 1995<sup>11</sup>, 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 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 2009<sup>12</sup>, 20 de mayo de 2008<sup>13</sup> y 8 de marzo de 2006<sup>14</sup>. 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 2007<sup>15</sup> 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*

---

<sup>7</sup> RC 2694/2007.

<sup>8</sup> RJ 2009\4401.

<sup>9</sup> RJ 2006\1668.

<sup>10</sup> RJ 1996\8930.

<sup>11</sup> RJ 1995\4050.

<sup>12</sup> RJ 2009\467.

<sup>13</sup> RJ 2008\5296.

<sup>14</sup> RJ 2006\5702.

<sup>15</sup> JUR 2007\52343.



*destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa.”*

Otra cosa distinta es que los operadores recurrentes no compartan 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 2008<sup>16</sup>, de 13 de julio de 2004<sup>17</sup> y de 16 de julio de 2001<sup>18</sup>. Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará seguidamente.

#### **b) Sobre la presunta indefensión alegada por las recurrentes.**

Todas las recurrentes entienden que la adopción del acto recurrido ha lesionado su legítimo derecho a la defensa causándoles indefensión. TME se refiere de forma expresa a la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en la adopción del acto resolutorio del procedimiento al entender que se ha resuelto el mismo sin tener cuenta algunas de las alegaciones efectuadas por la interesada, resolviéndose en sentido distinto a las mismas sin motivación suficiente.

El resto de las recurrentes atribuyen la indefensión al cambio de criterio reflejado en la Resolución de 22 de julio de 2010 con respecto a lo recogido en el informe de audiencia previo y su imposibilidad de alegar en contra, denunciando la vulneración del artículo 54.1 c) de la LRJPAC que exige una especial motivación a aquellos actos *“que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”*.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTs de 30 de noviembre de 1999<sup>19</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>20</sup>.

En el Fundamento tercero de la STC 175/1987 se afirma que:

*“(…) la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración. Según criterio reiterado de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales y resueltas motivadamente por éstas, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el art. 24.1 de la Constitución.”*

---

<sup>16</sup> RJ 2008\2642.

<sup>17</sup> RJ 2004\4203.

<sup>18</sup> RJ 2001\6684.

<sup>19</sup> RJ 2000\3200.

<sup>20</sup> RJ 2004\6286.



Aplicando la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en el Fundamento cuarto de la STS de 22 de septiembre de 2004, señala que:

*“Menos aún una vulneración del art. 24 CE ( RCL 1978\2836) generadora de indefensión al no poder predicarse en sede administrativa frente a actos administrativos de naturaleza no sancionadora tal cual reiteradamente ha venido sentando la doctrina constitucional.”*

El procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada no es de naturaleza sancionadora, como se desprende del resuelve de la misma. Por tanto, no tratándose de un procedimiento administrativo sancionador, no resulta procedente que la recurrente alegue una presunta infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución. Y, más concretamente, la STC 140/2009, de 15 de junio, en materia de motivación de actos e infracción del citado artículo 24, declara que:

*“si bien el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras.”*

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, el Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, no cabe alegar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTS de 21 de junio de 2005<sup>21</sup> y de 20 de mayo de 2002<sup>22</sup>

En el Fundamento segundo de la STS de 21 de junio de 2005 se desestima la alegación de una posible indefensión del recurrente al decirse que el mismo *“ha tenido oportunidad de hacer alegaciones tanto en el expediente como en los autos, sin que se le haya producido ningún tipo de indefensión.”*

E incluso, en la STS de 20 de mayo de 2002 se rechaza el mismo motivo alegado, puesto que el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del procedimiento administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso:

*“se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”*

Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, en una Resolución de esta Comisión de 11 de marzo de 2010<sup>23</sup>, se ha declarado que un presunto defecto de motivación *“no puede provocar inseguridad jurídica o indefensión, ni constituiría una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la LRJPAC, puesto que los interesados siempre tienen la oportunidad de alegar cuanto estimen conveniente, e incluso mostrar su oposición, a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos procedentes”*, que es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso.

---

<sup>21</sup> RJ 2005\5033.

<sup>22</sup> RJ 2002\6217.

<sup>23</sup> AJ 2010/106.



Por un lado, los interesados tuvieron la oportunidad de alegar a lo largo de todo el procedimiento administrativo y en el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJPAC y así lo hicieron. Por otro lado, de ningún modo puede prosperar la alegación de indefensión basada en que la Resolución de 22 de julio de 2010 resolvió en un sentido distinto al expresado en el informe de los servicios porque es precisamente el presente procedimiento de recurso administrativo y el eventual procedimiento contencioso-administrativo, los medios previstos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio del derecho de defensa contra actos administrativos como el ahora recurrido (de carácter resolutorio), y ambas vías han estado abiertas en todo momento para las recurrentes.

Para terminar, e independientemente de lo anterior, resulta poco consistente manifestar que el hecho de que esta Comisión adopte una solución, criterio o decisión distinta de la propuesta o solicitada por un operador es motivo de indefensión, puesto que una cosa es el derecho de los administrados a poner de manifiesto cuanto consideren conveniente y otra cosa que la Administración debe ceñirse o guiarse en sus decisiones a lo manifestado por los interesados.

Con relación a las alegaciones relativas a la vulneración del artículo 54.1 c) de la LRJPAC, que exige una especial motivación a aquellos actos “*que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*”, en relación con el hecho de que el Consejo se haya apartado del criterio manifestado previamente por los servicios en los dos informes sometidos a audiencia, procede recordar la naturaleza rectora del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la posibilidad que de ello se deriva de apartarse del criterio de los servicios del Organismo o de resoluciones anteriores.

De acuerdo con el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano rector del Organismo, al que corresponde, según el artículo 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 4.2 del Reglamento de Régimen Interior<sup>24</sup>, el ejercicio de las funciones del organismo regulador previstas por la legislación vigente.

Los servicios de esta Comisión, cuya actividad viene regulada básicamente en el artículo 2.2 del Real Decreto 1994/1996 y desarrollada en el artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior, si bien son necesarios para el buen funcionamiento interno del organismo regulador, no expresan ni pueden expresar, la voluntad ni la postura oficial del mismo. Por este motivo, los tribunales han reconocido explícitamente la posibilidad de que el Consejo se aparte de los informes previos elaborados por los servicios, todo ello sin necesidad de motivar expresamente su discrepancia.

En el Fundamento tercero de la SAN de 30 de julio de 2005<sup>25</sup>, se dice que:

*“La circunstancia de que la CMT se apartara del criterio del Informe –no vinculante, como se indica en la resolución impugnada–, no supone una indefensión de carácter*

---

<sup>24</sup> Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 20 de diciembre de 2007, por la que se publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 27, de 31 enero 2008).

<sup>25</sup> RJCA 2006\26. Sentencia por la cual se resolvía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 27 de junio de 2002, por la que desestimaba el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de 13 de septiembre de 2001, de esta Comisión relativa a un conflicto sobre precios del servicio de terminación de llamadas.





*material, una vez constatado el cumplimiento del antedicho trámite en el que la actora pudo argumentar no sólo sobre el contenido del informe, –respecto al cual debía conocer su naturaleza no vinculante–, sino también sobre cualquier aspecto relacionado con el tema objeto del conflicto, no constando ninguna instrucción o indicación limitativa por parte de la CMT en este sentido.*

(.....)

*. En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha de ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.*

Por tanto, el trámite del informe de los servicios constituye una referencia para los interesados en tanto expresa un criterio aproximativo de los servicios, pero ni es un trámite preceptivo, dado que de acuerdo con el artículo 84 de la LRJPAC bastaría con proceder al trámite de alegaciones al interesado con puesta de manifiesto del expediente sin pronunciamiento inicial de los servicios, ni vincula de ningún modo al Consejo de esta Comisión, único órgano legitimado para expresar la voluntad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre los asuntos de su competencia y pronunciarse en nombre de ésta.

Por otro lado debe indicarse que los servicios de esta Comisión son servicios internos que no tienen el carácter de “órganos consultivos” en el sentido de lo previsto en el artículo 54.1c) de la LRJPAC. Así ha sido señalado con relación a los servicios internos de las Administraciones públicas, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 291/2001, de 16 de febrero de 2001<sup>26</sup>, por lo que no operaría en este caso la necesidad de motivación con respecto al informe de audiencia.

Por tanto, al no ser necesaria la motivación para que el Consejo de esta Comisión se aparte del criterio de los servicios internos del propio organismo por no tener el carácter de órganos consultivos ni ser sus informes vinculantes para el órgano rector, no resulta exigible la motivación específica o concreta prevista en el apartado c) del artículo 54 de la LRJPAC.

En conclusión, ninguna de las alegaciones relativas a la supuesta nulidad de la Resolución recurrida por falta de motivación y por haber causado indefensión han resultado fundadas y por tanto ninguna de ellas puede tener favorable acogida, razón por la cual deben desestimarse íntegramente.

---

<sup>26</sup> JUR 2001\207316. En el Fundamento cuarto de esta Sentencia se dice que “*En lo relativo a la segunda de las alegaciones, la aplicación del art. 54.1 c) de la LRJPAC se circunscribe exclusivamente a los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, no teniendo tal carácter de consultivos los informes técnicos emitidos en la tramitación de la licencia de obras.*”



**c) Sobre la supuesta equiparación de los servicios de mensajes convencionales y los de SMS Premium.**

FTE y TME señalan que la CMT fundamenta su Resolución en la equiparación de dos servicios diferentes, los SMS convencionales entre abonados y los SMS Premium. A juicio de estos operadores ambos servicios presentan claras diferencias en cuanto a los elementos de redes afectados, el riesgo de impagos, atención al cliente, facturación, etc., y en definitiva la aportación o el riesgo asumido por el operador de acceso.

En respuesta a estas alegaciones, procede aclarar que la Resolución de 22 de julio de 2010 no equipara los SMS convencionales entre abonados con los SMS Premium, objeto de los servicios que presta ALTERNA. Por el contrario, la Resolución analiza las características de ambos tipos de mensajes, señalando las diferencias desde un punto de vista técnico, económico y de mercado que justifican la aplicación de condiciones distintas a ambos tipos de SMS.

Al tomar en consideración las condiciones técnicas, se pone de manifiesto que la prestación de los SMS Premium requiere un servicio soporte técnicamente similar, aunque no idéntico. Lo que se ha querido destacar es que a nivel minorista la única diferencia que percibe el usuario final es el distinto contenido que proviene de un SMS entre abonados del de un SMS Premium y que ese aspecto será el que le lleve o no al consumo de ese tipo de productos, no la gestión de red.

Asimismo, cabe señalar que la propuesta del nivel de precios aprobada en la citada Resolución, ya tiene en cuenta las diferencias existentes el servicio de SMS entre usuarios y el servicio SMS Premium señaladas por FTE y TME, siendo éstas el motivo por el cual al precio del servicio SMS convencional entre abonados se le añade un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobro, las insolvencias así como otras prestaciones específicas de los servicios SMS Premium. Respecto estos últimos, la Resolución de 22 de julio de 2010 señala que se trata de costes diferenciales sobre un SMS convencional que soporta el operador de acceso y que se justifican por el mayor riesgo de impagos que podrían generar este tipo de clientes.

Por tanto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tuvo en cuenta las diferencias existentes entre los SMS convencionales y los Premium en la fijación de la estructura tarifaria para evitar que situaciones distintas fueran tratadas de forma igual.

Por último en cuanto a los precios, los recurrentes consideran que se están orientando precios a costes y que no se podrían fijar precios concretos. Estas afirmaciones no se pueden fundamentar en el contenido de la Resolución recurrida puesto que en ella no se han fijado precios orientados a costes ni se han determinado precios entre las partes.

Respecto a los criterios que servirán de marco para el acuerdo que deben alcanzar los operadores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones incluye en la estructura tarifaria el importe de un SMS convencional. El precio a considerar por los operadores en la negociación es el minorista de un SMS que se presta por los operadores del servicio telefónico móvil a sus abonados.

El mercado minorista tanto de acceso como de terminación móvil no está regulado por considerarse que en esos mercados existe competencia. Por lo tanto, el precio que al final fijen las partes en sus acuerdos tendrá un componente que ha sido determinado por los propios operadores de acceso en un mercado en competencia. La inclusión del precio minorista como parte del mayorista de servicio de acceso a SMS Premium se apoya en las



diferencias señaladas entre ambos servicios. Además a este precio minorista y, por tanto, no regulado, se le añaden otros conceptos propios de este tipo de mensajes en los que hay un mayor riesgo de impago y unas mayores exigencias en materia de facturación derivadas de la normativa.

TME muestra también su desacuerdo con la equiparación realizada en la Resolución de los SMS Premium con los servicios de tarificación adicional sobre voz fija porque, argumenta, “*estos dos mercados tienen distintos tipos de servicios que en modo alguno son equiparables, como pueden ser los servicios de Alertas, Pull o Interactividad*”. En relación con esta manifestación debe precisarse que efectivamente la Resolución de 22 de julio de 2010 establece en su página 8 que “*estos servicios [los servicios SMS Premium] se prestan con características similares sobre las redes fijas, son los servicios de tarificación adicional de voz*”. Sin embargo, más allá de ponerse de manifiesto, esta afirmación no es la que ha servido de base o fundamento principal para instar a los operadores móviles a dejar de negociar sobre la base del modelo de precios *revenue sharing* y obligarles a aplicar un sistema de precios basado en un único precio unitario por servicio. Por otro lado no puede sostenerse que ello haya causado indefensión a la recurrente puesto que ha podido alegar contra esta afirmación en sede del presente recurso.

**d) Sobre la falta de motivación en relación con la obligación de negociar el servicio mayorista de modelo de precios *revenue sharing*.**

VODAFONE manifiesta literalmente que esta Comisión no ha motivado suficientemente en la Resolución la “*condena*” al sistema de precios conocido como *revenue sharing* ni el nuevo modelo de precios impuesto, y que este nuevo modelo no está justificado porque, a su juicio, resulta discriminatorio.

Frente a estas alegaciones debemos remitirnos a los apartados II.5 y II.6 de la Resolución recurrida, donde a lo largo de 8 páginas esta Comisión expone detallada y pormenorizadamente los motivos por los que entiende que el sistema de tarifas conocido como *revenue sharing* no es adecuado y por los que considera necesaria su sustitución por un sistema diferente basado en un único precio unitario por servicio que se encuentre más cerca de las cuantías que se están cobrando por el envío de mensajes entre abonados.

En cuanto a la afirmación de que es el sistema de precio unitario por servicio definido por esta Comisión el que resulta discriminatorio, únicamente reiterar que lo que realmente resulta discriminatorio, poco proporcionado y falto de transparencia es el modelo de *revenue sharing*, en el que un operador prestador de un servicio SMS Premium que requiere a un operador de acceso siempre el mismo servicio mayorista (un servicio soporte para encaminar estos mensajes hasta el usuario final o la plataforma del proveedor de servicios SMS Premium), tenga que pagar por el mismo en función del contenido que se incorpora, cuando dicho contenido, tal y como se ha detallado ampliamente en la Resolución recurrida, no es propiedad del operador de acceso ni incurre en coste alguno por su adquisición, empaquetamiento o diseño de su formato.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos, esta Comisión



## RESUELVE:

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades France Telecom España, S.A., Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Xfera Móviles, S.A. contra la Resolución, de fecha 22 de julio de 2010, sobre el conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a las cuatro recurrentes y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

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, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.***