



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 12/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de marzo de 2013, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por NVIA Gestión de Datos, SL, contra la Resolución, de fecha 5 de diciembre de 2012, relativa al conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, SL, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, SL, Anekis, SA, R&D Media Europe BV, Hispano Televisión y Telefonía, SLU, y Translease International, LTD, contra Telefónica Móviles España, SAU (AJ 2013/57).**

## I ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Escritos presentados por NVIA GESTIÓN DE DATOS, SL, y otros operadores.

Con fecha 22 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) escrito de NVIA GESTIÓN DE DATOS, SL, (en adelante, NVIA) por el que planteaba conflicto de acceso con Telefónica Móviles España, SAU, (en adelante, TME) debido a la resolución unilateral por parte de esta última de los contratos que tenían suscritos de Intermediación y de alertas web, de fechas 23 de noviembre de 2009 y de 17 de junio de 2011 respectivamente, privando con ello del derecho de acceso e interconexión a NVIA y a todas aquellas entidades a las que éste provee servicios en su condición de agregador tecnológico. Asimismo, por medio del citado escrito, NVIA solicitaba a esta Comisión la adopción de medidas cautelares consistentes en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de TME de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través de la plataforma gestionada por NVIA.

Más adelante, con fechas 21, 22, 23, 24, 27, 28 de febrero y 6 de marzo del año 2012, se recibieron en el Registro de esta Comisión escritos de Meztura Servicios Premium, SL, Translease International LTD, Advanced Telephone Services, SA, Anekis, SA, R&D Media Europe, BV, e Hispano Televisión y Telefonía, SLU, respectivamente, en los que, en tanto que operadores de comunicaciones electrónicas prestadores del servicio de



almacenamiento y reenvío de mensajes que han suscrito acuerdos con NVIA, planteaban conflicto de acceso frente a TME, también la incoación de un procedimiento sancionador y la adopción de las medidas cautelares correspondientes, en los mismos términos que las medidas solicitadas por NVIA.

El día 5 de marzo de 2012 se acordó el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por NVIA contra TME bajo la referencia RO 2012/391, procedimiento al que se acumularon los conflictos planteados por los otros operadores referidos en el segundo párrafo de este Antecedente.

## **SEGUNDO.- Adopción de medidas cautelares.**

Con fecha 8 de marzo de 2012, el Consejo de la Comisión dictó Resolución mediante la cual se adoptaron medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por NVIA, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, SL, Anekis, SA, R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra TME, dictada en el marco del procedimiento con número de referencia RO 2012/391.

La citada Resolución resolvió lo siguiente:

*<< Único.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica Móviles España, S.A.U. a restablecer el acceso a la numeración de la que son titulares los Operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA GESTION DE DATOS, S.L. para la prestación de estos servicios con objeto de poner a disposición de los usuarios y consumidores finales sus contenidos mediante mensajes cortos. Está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM.*

*Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.>>*

## **TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por TME y Resolución del recurso.**

Con fecha 16 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TME en virtud del cual interpuso recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de fecha 8 de marzo de 2012.

TESAU solicitaba la nulidad de la Resolución impugnada sobre la base de lo previsto en el artículo 62.1 a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) alegando que la medida cautelar ahí adoptada resultaba improcedente al no concurrir los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

Con fecha 17 de mayo de 2012, el Consejo de esta Comisión resolvió desestimar íntegramente el recurso interpuesto por TME al considerar que la medida cautelar adoptada por esta Comisión era legítima, necesaria, urgente y proporcionada por estar plenamente justificada y no había violado derechos amparados por las leyes ni había ocasionado perjuicios de difícil o imposible reparación.



#### **CUARTO.- Resolución del conflicto interpuesto por NVIA y otros operadores contra TME.**

El día 5 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión resolvió sobre el conflicto interpuesto por NVIA y otros operadores contra TME, poniendo fin al procedimiento con referencia RO 2012/391, en el siguiente sentido:

<< **PRIMERO.-** No estimar la solicitud de Nvia Gestión de Datos, S.L. Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., , Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD en relación con el mantenimiento por parte de Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal de los servicios mayoristas de conexión a su red móvil para el servicio de intermediación a terceros que prestan servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes establecido en el “Contrato para la Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros” de 23 de noviembre de 2009 y su anexo “Contrato de colaboración servicios de mensajería” de fecha 17 de junio de 2011.

**SEGUNDO.-** No estimar la solicitud de Nvia Gestión de Datos, S.L. relativa a la declaración de nulidad de las condiciones impuestas por Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012 en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción.

**TERCERO.-** No estimar las solicitudes de Nvia Gestión de Datos, S.L. Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y R&D Media Europe B.V. relativas a la incoación de un procedimiento sancionador por la realización de las conductas tipificadas como infracción muy grave en el apartado v) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

**CUARTO.-** Estimar la solicitud de Nvia Gestión de Datos, S.L. e iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el presunto incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 por la que se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L. Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., , Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal. (...) >>

#### **QUINTO.- Recurso de reposición contra la Resolución de 5 de diciembre de 2012.**

Con fecha 15 de enero de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de NVIA por el que viene a interponer recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 5 de diciembre de 2012, a la que se refiere el anterior Antecedente.

NVIA interpone su recurso sin aludir a ninguna causa concreta de nulidad o anulabilidad. No obstante, hace un repaso de los hechos que, a su juicio, han de ser considerados para resolver el recurso de reposición y sobre los que se fundó para interponer el conflicto cuya Resolución es causa del presente recurso. Sobre la base de lo anterior, realiza las siguientes alegaciones:



- Que TME se ha servido de su posición en el mercado de terminación móvil para excluir de dicho mercado a NVIA basándose en una interpretación unilateral e interesada del contrato que unía a ambas operadoras.
- Que los servicios de esta Comisión no han valorado correctamente las pruebas aportadas por las partes durante la instrucción del procedimiento. Ejemplo de la anterior afirmación es que NVIA no ha incumplido ninguna de sus obligaciones contractuales contraídas con TME en virtud de los contratos que vinculaban a ambos operadores a diferencia de TME, quien de manera indebida y unilateral, ha resuelto los contratos que las vinculaban.
- Que TME, operador que aglutina comparativamente un mayor número de reclamaciones por parte de los usuarios, utiliza de manera interesada el argumento de que, con objeto de proteger a los usuarios, decide unilateralmente eliminar del mercado a prestadores de servicios SMS Premium que prestan sus servicios a través de la plataforma de NVIA.
- Que NVIA es una mera intermediaria entre los terceros prestadores de servicios de tarificación adicional y TME y, sin embargo, esta última responsabiliza a la recurrente del incumplimiento del Código de Conducta por parte de dichos prestadores de servicios de tarificación adicional que utilizan la plataforma de NVIA.
- Que esta Comisión no ha valorado como abusivas las previsiones para altas en el servicio de abonado a los servicios SMS Premium previstas en el burofax remitido por TME a la recurrente el día 7 de diciembre de 2011. Ante el imposible cumplimiento de las mencionadas previsiones por parte de la recurrente, TME ha resuelto unilateralmente el contrato impidiendo la interoperabilidad de los servicios ofrecidos a través de la plataforma NVIA sin que esta Comisión haya cumplido con su función encomendada en la letra e) del artículo 48.3 de la LGTel.

En virtud de todo lo anterior, solicita que se imponga a TME la obligación de garantizar a NVIA la interoperabilidad y el acceso a sus redes para prestar los servicios de envíos de mensajes cortos Premium de suscripción en las condiciones pactadas entre las partes, que esta Comisión determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME a la recurrente en el burofax de 7 de diciembre de 2011 y, asimismo, que se incoe procedimiento sancionador contra TME por haber vulnerado el artículo 11 de la LGTel, conforme lo prevé el artículo 53.v) de la misma Ley.

#### **SEXTO.- Notificación de inicio de procedimiento.**

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 5 de febrero de 2013, se notificó a los interesados el inicio del procedimiento de tramitación del recurso de reposición, con número de expediente AJ 2013/57, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

#### **SÉPTIMO.- Alegaciones aportadas por TME.**

Con fecha 18 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TME, por el que solicita que se inadmita el recurso de reposición interpuesto por NVIA y, subsidiariamente, que se acuerde su desestimación sobre la base de las siguientes alegaciones:



- Que el recurso de reposición interpuesto por NVIA ha de inadmitirse a trámite por no estar basado en ninguna causa de nulidad o anulabilidad de las previstas en el artículo 62 y 63 de la LRJPAC ni ataca, a su juicio, las conclusiones que alcanza esta Comisión en la Resolución impugnada.
- Que a su juicio, las alegaciones de NVIA intentan generar confusión. Por una parte, aluden a Resoluciones administrativas que nada tienen que ver con los SMS Premium ni con el objeto del procedimiento y; por otra parte, aluden a otros motivos o circunstancias distintas de aquellas que llevaron a TME a resolver el contrato suscrito con NVIA.
- Que el hecho de que TME, como operador de red móvil, esté obligada a dar acceso a su red para garantizar la interoperabilidad de los servicios, entre estos, los SMS Premium, ello no significa que TME tenga que admitir el acceso a su red bajo cualquier condición y circunstancia. Más aún, a sabiendas que los prestadores del servicio SMS Premium a través de la plataforma de NVIA han incumplido el Código de Conducta y de que la propia NVIA ha incumplido sus obligaciones pactadas al respecto en el Contrato suscrito.

#### **OCTAVO.- Alegaciones aportadas por R&D Media Europe B.V.**

Con fecha 21 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de R&D Media Europe B.V., por el que manifiestan que se adhieren a la totalidad de las de las alegaciones realizadas por NVIA en su recurso de reposición.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.**

### **PRIMERO.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

NVIA califica su escrito como recurso de reposición y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley; por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de recurso presentado por NVIA al que se refiere el Antecedente Tercero de la presente Resolución, como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión de 5 de diciembre de 2012, adoptada en el marco del procedimiento, con número de expediente



RO 2012/391, relativa al conflicto de acceso planteado por NVIA, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra TME.

### **SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo es en el procedimiento con número de expediente RO 2012/391 en el marco del cual se dictó la Resolución objeto de impugnación.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

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

El recurso de reposición interpuesto por NVIA cumple parcialmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, al presentarlo dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, pero no aluden expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. No obstante, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurre en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

En virtud de todo lo anterior, procede su admisión a trámite.

### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado. En consecuencia, corresponde al Consejo de la Comisión resolver el presente recurso de reposición.

## **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

### **Preliminar.- Consideraciones generales relativas a los motivos de impugnación y contenido de la presente Resolución.**

NVIA no solicita en su recurso de reposición que se declare nulo o anulable lo resuelto en la Resolución recurrida sino que reitera las solicitudes y alegaciones formuladas cuando planteó el conflicto con TME utilizando argumentos similares a los esgrimidos en sus alegaciones aportadas en el procedimiento cuya Resolución ahora recurre.

La recurrente parte en su recurso de considerar que del examen de los documentos obrantes en el expediente queda acreditado que TME, aprovechándose de su posición dominante en el mercado, ha actuado de forma abusiva con NVIA quien se ha visto sometida a unas condiciones de contratación abusivas, arbitrarias y discriminatorias por parte de TME con el único animo de expulsarla del mercado.



Asimismo, considera que esta Comisión no ha valorado correctamente las pruebas aportadas por las partes. A tal efecto, la recurrente realiza un repaso sobre las mismas y concluyendo el que, a su juicio, es el valor probatorio de éstas. Alega que, sobre la base de la valoración incorrecta de las pruebas aportadas por las partes, esta Comisión ha considerado acreditado que NVIA ha incumplido con sus obligaciones contractuales en cuanto a que no ha evitado la perturbación que los servicios ofrecidos a través de la plataforma de NVIA estaban ocasionando a sus usuarios, hecho que ha motivado la resolución del contrato.

Respecto al motivo que esta Comisión ha considerado como justificación por la que TME ha resuelto válidamente los contratos, NVIA señala las siguientes cuestiones:

- Que TME utiliza de forma interesada la justificación relativa a la protección de los usuarios como motivo para resolver el contrato, cuando en realidad es el operador que acumula más reclamaciones de los usuarios.
- Que si TME considera que los servicios prestados desde la plataforma de NVIA perturban los intereses de sus usuarios, este hecho debe ponerlo en conocimiento de la autoridad correspondiente para que sea ésta quien se pronuncie al respecto sin que quepa que, de “motu proprio”, sea TME quien considere acreditada tal perturbación para justificar la resolución del contrato.
- Que el incumplimiento del Código de Conducta por parte de terceros operadores que no forman parte del Contrato, no puede atribuirse a NVIA como causa de incumplimiento contractual.
- Que la modificación por parte de TME de las condiciones para altas en el servicio de abonados a los servicios prestados a través de la plataforma de NVIA, contenidas en el burofax de 7 de diciembre de 2011, además de resultar condiciones nulas por ser contrarias al ordenamiento jurídico y de imposible cumplimiento, tienen por fin justificar la resolución del vínculo contractual de TME con NVIA con objeto de expulsar a este último del mercado.

Sobre la base de todo lo anterior, alega NVIA que esta Comisión al no impedir que TME resolviera el acceso de dicha plataforma a su red, no ha sido diligente en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas en la letra e) del artículo 48.3 de la LGTel, puesto que no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la interoperabilidad de los servicios prestados a través de la plataforma de NVIA.

En virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, para la resolución de este recurso procede analizar si de las alegaciones aportadas por la recurrente pudiera desprenderse la concurrencia en el acto impugnado de alguna causa de nulidad o anulabilidad susceptible de afectar a su validez.

En aras de lo anterior, para resolver el presente recurso se comenzará por concretar las obligaciones y derechos de las partes en relación con el acceso de los servicios SMS Premium a las redes móviles y así determinar el alcance de las competencias de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre operadores y en virtud de aquéllas, poder considerar si la resolución del contrato por parte de TME, ha supuesto una vulneración de las obligaciones que le son propias en el mercado de acceso e interconexión. Una vez realizado lo anterior, se analizará si esta Comisión debía haber adoptado alguna medida



para impedir la resolución del contrato y garantizar el acceso e interoperabilidad de los servicios prestados a través de la plataforma de NVIA en la red móvil de TME, de conformidad con la función que le encomienda el artículo 11.4 y 48.4. e) de la LGTel.

**PRIMERO.- Sobre las obligaciones y derechos que regulan la relación de acceso a las redes entre las partes.**

El artículo 17 del Reglamento de Servicios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, prevé las condiciones generales que deben cumplir todos los operadores para explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Entre éstas, las letras b) y c) de dicho artículo, establecen que todos los operadores han de garantizar la interoperabilidad de los servicios y garantizar a los usuarios finales la accesibilidad de los números de conformidad con los planes nacionales. El artículo 18 del mismo Reglamento, establece las condiciones específicas y exigibles que deben cumplir todos los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Entre éstas, la letra a) de este artículo establece la obligación de garantizar la interconexión de las redes y el acceso a éstas y a los recursos asociados, de conformidad con lo dispuesto en la LGTel. Por su parte, el artículo 5.7 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, relativo a las condiciones de prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes ligadas al uso de recursos públicos de numeración, establece que *“Los titulares de números tendrán la obligación de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes.”*

Tal y como se indicó en la Resolución recurrida, la interoperabilidad de los servicios SMS Premium (entendida ésta como la posibilidad para los abonados de cualquiera de los operadores móviles de acceder a los servicios ofertados por cualquier proveedor de servicios SMS Premium), no es posible técnicamente cuando el proveedor de dichos servicios está únicamente conectado a la red de un operador móvil debido a la arquitectura de red mediante la cual se presta el servicio y al estado actual de desarrollo del estándar GSM. Por tanto, para que un prestador de servicios SMS Premium pueda prestar sus servicios a todos los usuarios móviles una vez abierta la numeración que le ha sido asignada, éste debe llegar a acuerdos con todos y cada uno de los operadores móviles para permitir así cumplir con las condiciones previstas en los artículos 17 y 18 del Reglamento de Servicios.

En definitiva, de conformidad con lo previsto en la Resolución recurrida y otros<sup>1</sup> pronunciamientos de esta Comisión al respecto, *“(…) los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho –y de conformidad con la Orden ITC/308/2008, los titulares de números SMS Premium tienen la obligación– a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores de red, por su parte, no pueden negarse a permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por operadores de servicios que así lo soliciten.”*

No obstante, la Directiva 2002/20/CE (Directiva de autorización) establece, en su considerando 5, que *“En un mercado abierto y competitivo no debe existir ninguna restricción que impida a las empresas negociar acuerdos de acceso e interconexión”* y que la consecución de unos mercados más competitivos con una mayor oferta para los consumidores exige que *“las empresas que reciban solicitudes de acceso e interconexión deben, en principio, concluir dichos acuerdos sobre una base comercial y de buena fe”*. Y en

---

<sup>1</sup> Resolución de 4 de junio de 2009 (RO 2009/60).





nuestro Derecho nacional, el artículo 11.2 de la LGTel y el artículo 22.2 del Reglamento sobre Mercados y Acceso, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, establece que los operadores de redes tendrán la obligación de negociar la interconexión mutua con otros operadores de redes con el fin de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad. Es decir, establece la forma en que los operadores han de garantizar la interoperabilidad de los servicios, el acceso a las redes y, a los usuarios finales, la accesibilidad de los números, por lo que no cabe entender que dichos artículos supongan que los operadores de redes están obligados en todo caso y de forma incondicional a dar acceso a sus redes a todos los operadores que sean prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y que así lo soliciten.

Ahora bien, de conformidad con el considerando 6 de la Directiva de Autorización, los artículos 12.2 de la LGTel y 23.3 c) del Reglamento sobre Mercados y Acceso establecen que si una vez intentada la negociación a la que se refiere el artículo 11.2 de la LGTel no resultara posible alcanzar un acuerdo por el que garantizar el cumplimiento de las condiciones antes mencionadas, esta Comisión podría imponer obligaciones de acceso y de interconectar las redes si lo valorase justificado.

No obstante, en el caso que nos ocupa, esta Comisión no estaba obligada en todo caso a imponer una obligación de acceso a TME en cuanto que dicho operador cumplió con su obligación de negociar con NVIA. Fruto de esa negociación, y en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad para pactar lo que las partes consideren y decidan comprometerse y vincularse recíprocamente, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil, las partes suscribieron unos contratos por los que garantizaban la interoperabilidad de los servicios y el acceso de los usuarios finales a los servicios SMS Premium prestados a través de la plataforma de NVIA.

En definitiva, los contratos han sido suscritos en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad para pactar, de conformidad con el Título II del Libro Cuarto del Código Civil que establece el régimen jurídico que regula los contratos privados. De conformidad con dicho régimen, establecer unas cláusulas en las que se regulen unas circunstancias que, en caso de producirse, supongan la resolución de los contratos, resulta lícito.

Es así que, en virtud de los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, una vez resueltos los contratos por concurrir la causa de resolución acordada libremente por las partes, la Resolución recurrida acierta al considerar que TME no ha incumplido ninguna obligación de acceso, por lo que ha de reiterarse el rechazo a iniciar un procedimiento sancionador contra TME por una supuesta infracción prevista en la letra v) del artículo 53 de la LGTel.

## **SEGUNDO.- Sobre los límites a la intervención de esta Comisión.**

De conformidad con lo previsto en el Fundamento de Derecho II.2 de la Resolución recurrida, en virtud de lo establecido en los apartados 3 y 4.d) del artículo 48 de la LGTel, así como con los artículos 11.4 y 14 de la misma Ley, esta Comisión resulta competente para conocer y resolver sobre el conflicto de acceso planteado por NVIA contra TME.

El Tribunal Supremo ha establecido en su Sentencia, de fecha 8 de julio de 2008 (RC 6957/2005), que los contratos como el que unía a NVIA y TME no solo están sometidos a Derecho Privado sino también a Derecho Público, por cuanto que regulan una relación privada entre las partes, confluendo obligaciones de interés público cuya vigilancia ha sido encomendada a esta Comisión.



Por lo tanto, pese a que en los contratos por los se prevé el acceso de NVIA a la red de TME regulan una relación privada entre las partes, confluyen ciertas obligaciones de interés público que, además de legitimar la intervención de esta Comisión, limitan la autonomía de la voluntad o libertad de pactos entre las partes a la que se refiere el artículo 1255 del Código Civil.

En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2011 (RJ 2011\5588), además de constatar la competencia de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre los operadores, ha establecido cuáles son los límites a los que esta Comisión ha de sujetarse cuando actúa en el ejercicio de su competencia al declarar que *“(...) los intereses generales justifican la intervención vinculante de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de aquellos conflictos, al margen de los intereses estrictamente privados de los operadores que son parte en ellos.”* *“(...) los conflictos derivados de los acuerdos de interconexión en las actividades o industrias en red, (...) son uno de los campos más propicios para llevar a cabo aquellos objetivos ya que tanto la interconexión como el acceso al bucle final son elementos clave para la existencia de un mercado de telecomunicaciones respetuoso de la libre competencia entre todos los operadores (...). No obstante, la función del organismo regulador en la precisión de las obligaciones derivadas de prestar un servicio de interés general como el de telefonía no es la de componedor de los intereses privados en conflicto.”*

En definitiva, al concretar la Jurisprudencia la competencia de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre operadores, limita ésta de manera exclusiva a aquellos aspectos de la relación que puedan afectar al interés general que le ha sido encomendado proteger, excluyendo aquellos aspectos de naturaleza exclusivamente privada.

Asimismo, nuestros tribunales<sup>2</sup> también han establecido que la intervención de esta Comisión en los conflictos de acceso deberá extenderse a todo lo necesario para resolver adecuadamente el conflicto suscitado, es decir, sin límites mínimos ni máximos, siempre que su intervención sea razonable y proporcionada.

En definitiva, esta Comisión no puede decidir sobre aquellos aspectos o cláusulas de los contratos que no hayan motivado la resolución del contrato y, en consecuencia, la interrupción o desconexión del acceso e interoperabilidad de los servicios prestados a través de la plataforma de NVIA, por cuanto que su regulación se fija en el derecho civil general, cuya decisión corresponde a la jurisdicción civil. En sentido contrario, estará legitimada para pronunciarse y decidir sobre aquellas cláusulas que impidan u obstaculicen el acceso y la interoperabilidad de los servicios SMS Premium por cuanto que obstaculizan la consecución del interés general que le ha sido encomendado proteger.

Por lo tanto, para resolver el presente recurso habrá que determinar si la Resolución impugnada, dentro de los límites de la competencia de esta Comisión y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ha resuelto de manera justificada y de conformidad con los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). Esto es, si resulta ajustado a Derecho que esta Comisión haya primado lo previsto en los contratos privados en relación con la resolución de los mismos, sobre la imposición a TME de la obligación de mantener el acceso de NVIA a su red, por considerar como única

---

<sup>2</sup> Sentencia en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de julio de 2002 sobre conflicto de acceso suscitado entre Telefónica de España, SAU y diversos prestadores de servicios de telefónica de uso público, derivado de las modificaciones contractuales impuestas por la Comisión y de la negativa de Telefónica a suministrar accesos a su red.



medida que podría garantizar la interoperabilidad de los servicios y el acceso de los abonados de TME a los servicios SMS Premium ofrecidos desde la plataforma de NVIA.

Ahora bien, pronunciarse con carácter general sobre la compatibilidad de las cláusulas de los contratos con la normativa sectorial, sin que el acceso y la interoperabilidad de los servicios prestados a través de la plataforma de NVIA se haya visto obstaculizado en virtud de aquéllas, supone una extralimitación de la potestad de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre operadores.

A esto se refiere la Resolución impugnada cuando establece que “(...) *la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar si las cláusulas incluidas en los contratos resultan compatibles con las obligaciones de acceso e interconexión establecidas en la LGTel y su normativa de desarrollo*”, así como donde concluye que “(...) *en contestación a la cuestión planteada por NVIA sobre la compatibilidad con las cláusulas de sus contratos con la normativa, esta Comisión considera que la aplicación de las mismas no resulta contraria a las obligaciones de acceso y la garantía de la interoperabilidad previstas en la LGTel y su normativa de desarrollo*”.

Sin embargo la extralimitación antes apuntada no tiene carácter manifiesto cuya concurrencia exige el vicio de nulidad radical por incompetencia que establece la letra b) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y por tanto no determina la nulidad del acto recurrido sino, en todo caso, un vicio de ilegalidad. No obstante, dado que el objeto del procedimiento de referencia no es la consideración por parte de esta Comisión sobre las cláusulas contenidas en los contratos sino que es sobre el alcance de la obligación de TME de proveer, y en este caso, de mantener el acceso a su red a la plataforma NVIA, y teniendo asimismo en cuenta que dicha extralimitación no ha generado indefensión a los interesados ni ha privado al acto de sus requisitos formales, ha de concluirse que el vicio es un defecto no invalidante dada su nula gravedad y su escasa relevancia para producir efectos de invalidación por mera anulabilidad.

Es así que de haber entrado esta Comisión a determinar, conforme pretende NVIA, sobre si determinada modificación de las condiciones resultaba abusiva, contraria al ordenamiento jurídico o de imposible cumplimiento, modificación cuyo incumplimiento no se ha acreditado como causa de resolución del contrato, tal y como se ha considerado acreditado<sup>3</sup> en el expediente de referencia, sería una intervención que excedería a los límites que corresponden a su competencia para intervenir en la resolución de conflictos entre las partes.

No obstante, al margen de lo anterior, conviene recordar, conforme se manifiesta en la Resolución recurrida, que la resolución de los Contratos por parte de TME no supone un impedimento para que tanto NVIA como los demás prestadores de servicios SMS Premium puedan acceder a la red de TME para garantizar la interoperabilidad de sus servicios, en los términos que las partes interesadas acuerden. Es decir, a pesar de que TME ha resuelto los contratos que la vinculaban a la plataforma de NVIA, nada impide que las partes lleguen a un nuevo acuerdo teniendo en cuenta que TME está obligada a negociar la interconexión

---

<sup>3</sup> NVIA no ha acreditado que la ruptura del contrato se produjese por no tramitar los servicios SMS Premium contratados de conformidad con los requisitos establecidos por TME en su escrito de 5 de diciembre de 2011 (burofax donde TME exigía a NVIA, entre otras cosas, que para nuevas altas en servicios de suscripción SMS Premium se solicitase al usuario final copia del DNI y contrato firmado), ni TME fundamentó la resolución en la falta de esa documentación, sino en la incorrecta prestación del servicio como consecuencia de la cual se indujo a confusión a los usuarios finales que presentaron múltiples quejas ante TME.



mutua con los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas con el fin de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad.

Si durante la negociación de los contratos o durante la vigencia de los mismos cualquier operador de servicios presenta un conflicto ante esta Comisión por considerar que el operador de red móvil, haciendo uso de su posición de dominio, está imponiendo condiciones o que pretende modificar éstas sin que puedan ser realmente negociadas entre las partes, esta Comisión estará habilitada para intervenir e incluso, en caso de estar justificado bajo la protección del interés general encomendado, imponer unas condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, incluyendo un procedimiento regulado por el que se habilite al operador móvil a desconectar el acceso a su red. En este sentido ya ha intervenido esta Comisión, tal y como se desprende de su Resolución, de la que es conocedora NVIA y que cita en su recurso, relativa al conflicto presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a TME y otros operadores de red móvil en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822).

Es por eso que esta Comisión entiende que si NVIA consideraba que TME imponía unilateralmente las cláusulas que regulaban el acceso a su red o que modificaba las mismas sin previa negociación con NVIA; esto es, que TME aprovechándose de su posición en el mercado había actuado de forma abusiva con NVIA al someterla a unas condiciones de contratación arbitrarias y discriminatorias con el único animo de expulsarla del mercado, la recurrente podía haber acudido a esta Comisión para solicitar su intervención y la adopción de unas condiciones apropiadas. Lo que no cabe es que una vez suscrito los contratos con TME, acuerdos adoptados en virtud de la autonomía de la libertad de pactos entre las partes y resueltos de conformidad con lo previsto en los mismos, solicite a esta Comisión que determine la incompatibilidad con el régimen jurídico del acceso y la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas de las condiciones de acceso y de resolución del contrato previstas en el mismo.

En definitiva, la intervención de esta Comisión en el conflicto planteado se adecúa al ámbito que le corresponde, esto es, aquellos aspectos de la relación que puedan afectar al interés general que le ha sido encomendado proteger.

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis sobre si lo resuelto por esta Comisión resulta razonable y proporcionado, será objeto de otro fundamento de Derecho.

### **TERCERO.- Sobre la valoración de las pruebas por las que se acredita la concurrencia de la causa que motivó la resolución unilateral del contrato.**

NVIA considera que no concurre la causa de resolución de los contratos por la que TME justifica la resolución unilateral de los mismos.

Debido a lo anterior, y para evitar que se impida a NVIA acceder a la red de TME y así garantizar la interoperabilidad y el acceso e interconexión a sus redes a los servicios SMS Premium de suscripción prestados a través de la plataforma de NVIA, solicita que esta Comisión imponga a TME la obligación de dar acceso a su red a NVIA.

En respaldo de lo anterior, señala que al valorar esta Comisión la concurrencia de la causa que justificaría la resolución unilateral de los contratos, se haya servido únicamente de la documentación aportada por TME, documentación de dudosa veracidad y por la que no se acredita incumplimiento contractual alguno por parte de NVIA. Asimismo, añade una serie



de consideraciones por las que pretende acreditar su ánimo de cumplir con sus obligaciones contractuales y la ausencia de cualquier incumplimiento que pudiera motivar la resolución del mismo.

Además, señala que si TME considera que los servicios prestados desde la plataforma de NVIA perturban los intereses de sus usuarios por incumplimiento del Código de Conducta, este hecho debe ponerlo en conocimiento de la autoridad correspondiente para que sea ésta quien se pronuncie al respecto y, asimismo, que el incumplimiento de dicho Código por parte de terceros operadores que no forman parte del Contrato, no puede atribuirse a NVIA como causa de incumplimiento contractual y sin que quepa que, de “motu proprio”, sea TME quien considere acreditado tal perturbación para justificar la resolución del contrato.

Finalmente, añade que esta Comisión no tuvo en cuenta un acta notarial que presentó en las alegaciones al informe de los servicios dentro del trámite de audiencia, en la que describía cómo TME seguía permitiendo la suscripción de servicios de SMS Premium a través de páginas web.

Respecto a esto último, ha de recordarse que los hechos acreditados en el acta notarial no se consideraron relevantes a los efectos de la materia objeto de discusión en el procedimiento. El objeto del debate no era la posibilidad de contratar servicios de suscripción a través de páginas web ni la discriminación, sino si NVIA, cuando gestionó ese tipo de servicios, se ajustó o no a las condiciones establecidas en el contrato<sup>4</sup> para a partir de ahí analizar si TME había respetado las obligaciones que en materia de interconexión y acceso se le imponen.

En virtud la autonomía de la voluntad de los contratantes, las partes han pactado unas obligaciones recíprocas donde se establecen las condiciones en que cada una de las partes prestará sus servicios en virtud de los contratos suscritos, así como unas causas de resolución de los mismos.

El contrato privado suscrito por las partes, de fecha 23 de noviembre de 2009, prevé en sus cláusula 4.1 y 13, que si NVIA no soluciona en el plazo de 3 días laborables cualquier irregularidad, sospecha, fraude y, en general cualquier actividad anormal suya o de los operadores que operan a través de su plataforma, se podrá dar lugar a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual por el que TME quedará facultada para instar la resolución inmediata del contrato. Asimismo, la cláusula segunda de dicho contrato prevé la posibilidad de resolución del contrato sin causa una vez transcurrido un año desde su inicio. En este supuesto, bastará un preaviso por escrito con tres meses de antelación a la fecha efectiva de resolución.

Por lo que atañe al anexo al contrato suscrito el día 17 de junio de 2011, su cláusula sexta establece que cuando NVIA incumpla con las obligaciones previstas en la cláusula tercera de dicho anexo (gestión y operativa de los servicios de mensajería), o cuando la publicidad tanto de NVIA como del resto de los operadores de servicios SMS Premium que actúan a través de su plataforma incumpla con la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero y con el Código de Conducta aprobado por la Resolución de la SETSI de 8 de julio de 2009, o cuando dicha publicidad sea engañosa (Anexo I del anexo al contrato), se facultará a TME para instar a NVIA a resolver la incidencia en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y

---

<sup>4</sup> En concreto, NVIA señala en la página 6: “Al titular del número de teléfono móvil [...], que ostenta la representación legal de NVIA, no parece que le haya requerido TME o Antena 3 Televisión, S.A. ni acreditación del consentimiento por escrito ni copia de su D.N.I.”



en el caso de que NVIA no lo solucionase en dicho plazo o incumpla una segunda vez, TME quedará facultada para instar la resolución inmediata del Contrato.

Si bien NVIA acierta al señalar que TME no es quien deba considerar acreditado el incumplimiento del Código de Conducta, competencia que le corresponde a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, también es cierto que de conformidad con las cláusulas suscritas libremente por las partes, NVIA ha acordado como causas o motivos de resolución unilateral e inmediata de los contratos la presunta infracción del Código de Conducta por los servicios SMS Premium prestados a través de su plataforma al prever como causa de resolución la reincidencia o la no solución en plazo y forma de cualquier irregularidad o sospecha de actividad anormal o contraria a la normativa aplicable por parte de dichos servicios.

Respecto del análisis por parte de esta Comisión de la concurrencia de las causas de resolución de los contratos previstas por las partes, han de recordarse los límites de la facultad de esta Comisión para intervenir en las relaciones privadas entre los operadores. En virtud de dichos límites, tal análisis corresponde a la jurisdicción civil.

La Resolución impugnada se atiene a dichos límites por cuanto que no valora la concurrencia de las causas de resolución. La Resolución impugnada se limita a tener en consideración los hechos alegados por las partes en conflicto por cuanto que afectan a su función encomendada y al interés general que ha de proteger, hechos que los considera como meros indicios para considerar la diligencia de las partes para cumplir con sus obligaciones libremente contraídas con objeto de evitar los perjuicios ocasionados a los abonados de TME en relación con los servicios SMS Premium prestados desde la plataforma de NVIA.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por parte de la recurrente de que esta Comisión ha sido parcial al valorar las pruebas aportadas por las partes al servirse únicamente de la documentación aportada por TME, documentación de dudosa veracidad y por la que no se acredita incumplimiento contractual alguno por parte de NVIA, debe señalarse, además de lo anterior, que la obligación de valorar<sup>5</sup> las pruebas no exige que se haga una referencia expresa y detallada a todas y cada una de las presentadas y practicadas; sino que basta una valoración en conjunto de las mismas, siempre que la valoración sea reconocible como atinentes al caso concreto y no meras elucubraciones desconectadas del objeto específico del procedimiento.

Por otra parte, de conformidad con lo manifestado por nuestros tribunales<sup>6</sup>, la valoración de las pruebas realizada por esta Comisión está regida por la presunción de «razonabilidad» o de «certeza» de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad del organismo regulador. A pesar de que recae una presunción «iuris tantum» sobre el proceder de esta Comisión, ello no supone que no pueda desvirtuarse dicha presunción si se acredita el proceder irrazonable de ésta tras acreditar que ha incurrido en arbitrariedad, desviación de poder u otra vulneración de las normas a que deba ajustarse su actuación administrativa.

No obstante, en la valoración de las pruebas de la que discrepa la recurrente, pretendiendo sustituirla por su particular valoración subjetiva, en modo alguno se puede considerar

---

<sup>5</sup> Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 15 diciembre 2011 (RJ 2012\2819)

<sup>6</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1998, de 31 de marzo ( RTC 1998, 73) y del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 ( RJ 1998, 5676)



acreditada la concurrencia de arbitrariedad ni desviación de poder alguna por parte de esta Comisión, ni vulneración de otras normas a que deba ajustar su actuación al respecto. Lejos de ello, las alegaciones de NVIA se reducen a expresiones o frases, como ya bien se señaló en la Resolución recurrida, por las que pretende desacreditar el valor de las pruebas aportadas por TME, sin que llegue a tal desacreditación ni justifica debidamente que el acto administrativo haya incurrido en alguno de los supuestos de arbitrariedad o desviación de poder a los que alude la Jurisprudencia constitucional para considerar que esta Comisión haya incurrido en una conducta arbitraria en el ejercicio de su discrecionalidad para valorar las pruebas aportadas por las partes.

Por lo tanto, en virtud de todo lo anterior, no cabe ahora, en sede de recurso de reposición, revisar de nuevo las pruebas aportadas por las partes en su totalidad para revisar lo resuelto en el acto impugnado.

#### **CUARTO.- Sobre la diligencia de esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.**

Aun cuando la resolución unilateral de los contratos por parte de TME está amparada por el propio acuerdo, también es verdad que dicha resolución trae como resultado la interrupción del acceso de la plataforma de NVIA a la red móvil de TME y, en consecuencia, con ello se ha impedido el acceso e interoperabilidad de los servicios SMS Premium prestados por terceros o por la propia NVIA a través de dicha plataforma.

De conformidad con lo que antes ya hemos apuntado, el artículo 11.4 de la LGTel señala que la facultad de intervención de esta Comisión para intervenir en las relaciones entre operadores no solo está legitimada en su función de fomentar y garantizar la adecuación del acceso e interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas, sino también en garantizar la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel. Así, para analizar si esta Comisión ha resuelto sobre el conflicto realizando una ponderación proporcionada y razonable entre todos los intereses implicados, primero habrá que determinar los intereses que ha tener en consideración teniendo en cuenta que éstos vienen determinados a la luz del artículo 3 de la LGTel y artículo 8 de la Directiva marco y no únicamente respecto del artículo 11 de la LGTel.

El artículo 8 de la Directiva marco encomienda a los Estados miembros que velen por que, al desempeñar las funciones reguladoras, las ANR adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4 de este artículo, entre los que se encuentra el fomento de la competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y la promoción de los intereses de los ciudadanos. Asimismo, establece que las ANRs para lograr dichos objetivos, aplicarán *“principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, (...) salvaguardando la competencia en beneficio de los consumidores”*.

El artículo 3 de la LGTel contempla entre los objetivos y principios de la LGTel fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, promover la utilización de los nuevos servicios y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones como la numeración, defender los intereses de los usuarios asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, así como promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.



Es decir, para resolver el conflicto planteado esta Comisión ha debido realizar una ponderación proporcionada y razonable entre todos los intereses afectados atendiendo a todos los objetivos y principios antes enumerados. Es decir, no puede resolver primando de forma absoluta el acceso y la interoperabilidad de los servicios y así garantizar el uso legítimo de los servicios SMS Premium cuando existan otras razones de carácter jurídico-público más dignas de protección; en este caso, no puede esta Comisión reconocer el derecho de acceso del recurrente cuando ello puede devenir en perjuicio, por un lado, de los usuarios a quienes la interrupción del acceso e interoperabilidad ha supuesto la protección de un perjuicio recurrente que se les venía ocasionado vulnerándose sus derechos por parte de los servicios SMS Premium y, por otro lado, de la imagen y actividad comercial de TME con ocasión del mencionado perjuicio ocasionado a sus abonados. Lo anterior se acredita por la inmensa cantidad de reclamaciones en relación con los servicios SMS Premium que ha recibido TME y que recibe la SETSI y la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.

Los servicios SMS Premium prestados a través de la plataforma de NVIA, son de dos tipos: mensajes a petición del usuario, donde éste envía un SMS a un prestador de contenidos SMS Premium y dicho prestador le enviará un sólo mensaje de respuesta con el contenido que el cliente haya solicitado (una canción, un politono, una participación en un sorteo, etc); y mensajes de suscripción, donde el usuario tiene que solicitar el alta en un determinado servicio para recibir cada cierto tiempo (establecido en las condiciones del proveedor) unos contenidos específicos. En el primer tipo, se cobra una sola vez al usuario por cada petición de servicio o contenido que realice mientras que, en el segundo tipo, al usuario se le cobrará cada mensaje SMS Premium que reciba con contenido al precio fijado por el proveedor.

Teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de reclamaciones de los usuarios, de las presuntas infracciones del Código de Conducta, de las irregularidades o sospechas de actividades anormales o contrarias a la normativa aplicable por parte de los servicios SMS Premium están relacionados con los servicios de suscripción, esta Comisión debía proteger de forma distinta el acceso e interoperabilidad a los SMS Premium de suscripción de los SMS Premium a petición del usuario.

Por ello, con objeto de garantizar el acceso e interoperabilidad de los servicios SMS Premium que no vienen generando perjuicios a los usuarios y en virtud del principio de mínima intervención que ha de regir la facultad de esta Comisión para intervenir en las relaciones privadas, una vez resueltos los contratos, esta Comisión adoptó una medida cautelar, en fecha 8 de marzo de 2012, por la que instó a TME a restablecer el acceso a la numeración de aquellos operadores proveedores de SMS Premium conectados a la plataforma de NVIA y que no fueran relativos a servicios de suscripción.

Dicha medida cautelar fijó como duración la fecha de la Resolución que pusiera fin al procedimiento RO 2012/391 o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012, fecha en la que se cumplirían 3 meses desde que TME comunicó la resolución inmediata y unilateral de los contratos por cuanto que, con objeto de respetar en lo posible la autonomía de la voluntad de las partes, esta Comisión consideró apropiado no extender dicha medida más allá del periodo de preaviso recogido en el propio anexo al contrato para resolver el mismo por ~~cualquiera de las partes~~<sup>7</sup>. De esta forma, se garantizaba que los prestadores de servicios

<sup>7</sup> Cláusula segunda del Contrato de Intermediación: "a) Este Contrato entrará en vigor en la Fecha de Efectos contemplada al inicio y tendrá una duración inicial de un (1) año. No obstante lo anterior, de no mediar denuncia de cualquiera de las Partes por escrito con un (1) mes de antelación a la finalización del término inicial de un (1) año, el Contrato se prorrogará indefinidamente, pudiendo a partir de este momento cualquier de las Partes resolver el Contrato con un preaviso por escrito de tres (3) meses de antelación a la fecha habilita a las partes a resolver el Contrato con un preaviso de tres meses de antelación a la fecha efectiva de Resolución".





SMS Premium a petición del usuario, pudieran adoptar las medidas más adecuadas a sus intereses y garantizar el acceso de los usuarios a sus servicios hasta la resolución definitiva del conflicto o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.

Es decir, esta Comisión ha adoptado una medida cautelar proporcionada teniendo en cuenta la ponderación realizada entre todos los intereses implicados en el conflicto.

En definitiva, de la Resolución recurrida no se desprende que esta Comisión haya resuelto el conflicto de forma arbitraria, desproporcionada e irrazonable sino todo lo contrario, resulta patente que ha intervenido dentro de los límites que le son propios y de manera suficientemente justificada de conformidad con los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel y 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

## RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por NVIA Gestión de Datos, SL, contra la Resolución del Consejo de la Comisión, de fecha 5 de diciembre de 2012, por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por NVIA Gestión de Datos, SL, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, SL, Anekis, SA, R&D Media Europe BV, Hispano Televisión y Telefonía, SLU, y Translease International, LTD, contra Telefónica Móviles España, SAU.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 48.12 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, Bernardo Lorenzo Almendros.***