



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 31/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 27 de septiembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por las entidades Alterna Project Marketing, S.L., Vodafone España, S.A.U. y Euskaltel, S.A. contra la Resolución, de fecha 17 de marzo de 2011, por la que se resolvía el conflicto de acceso presentado por la primera frente a diversos operadores móviles en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre precios para la conexión a redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (AJ 2011/983).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822).

Mediante Resolución de fecha 22 de julio de 2010, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió el conflicto de acceso planteado por Alterna Project Marketing, S.L. (en adelante, Alterna) frente a Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME), France Telecom España, S.A. (en adelante, FTE), Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone), Xfera Móviles, S.A. (en adelante, Xfera) y Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel) en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre los precios de conexión a redes móviles para la prestación de servicios SMS Premium.

Mediante el citado acto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) resolvió:

“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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.”

Mediante Resolución de fecha 7 de diciembre de 2010, recaída en el expediente AJ 2010/1508, esta Comisión desestimó íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades FTE, TME, Vodafone y Xfera contra la Resolución a la que se refiere el presente antecedente.

SEGUNDO.- Escrito de Alterna manifestando la falta de acuerdo con los operadores móviles y apertura de nuevo conflicto de acceso.

Con fecha 13 de octubre de 2010 tuvo entrada en esta Comisión un escrito de Alterna por el que presentaba de nuevo conflicto de acceso frente a FTE, TME, Vodafone, Euskaltel y Xfera ante la falta de acuerdo con dichos operadores para fijar un precio para la prestación del servicio mayorista de acceso a las redes móviles en los términos y plazos señalados en la Resolución de esta Comisión de fecha 22 de julio de 2010.

Esta Comisión procedió a la apertura del correspondiente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto planteado (MTZ 2010/1986), que se resolvió mediante la fijación de los precios máximos mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles que los operadores de acceso interesados debían ofrecer a partir del día 1 de octubre de 2010 a Alterna para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

Así, la Resolución del Consejo de fecha 17 de marzo de 2011 resolvió obligar a los operadores FTE, TME, Vodafone, Euskaltel y Xfera *“a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos (.....)”*. La Resolución establece las cantidades concretas a percibir por cada uno de los operadores por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna y por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario, es decir, que fija dos cuantías por operador.

Asimismo, resolvió que *“Las partes deberán firmar los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento y comunicar los precios acordados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

TERCERO.- Recursos de reposición interpuestos contra la Resolución de 17 de marzo de 2011.

Con fechas 15, 20 y 29 de abril de 2011 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión tres escritos presentados en nombre y representación de las entidades Vodafone, Alterna y Euskaltel respectivamente mediante los que interponían recursos potestativos de reposición contra la Resolución del Consejo a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 42.4 y 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), mediante los correspondientes escritos del Secretario de esta Comisión, fechados los días 18 y 28 de abril y 18 de mayo de 2011, se



informó a las entidades recurrentes y a los demás interesados del inicio del procedimiento de tramitación de los recursos potestativos de reposición y del acuerdo de tramitación acumulada de éstos, y se les dio traslado de una copia no confidencial de los escritos de recurso presentados.

Las recurrentes coinciden en solicitar la modificación del acto impugnado por considerarlo lesivo a sus derechos e intereses. A grandes rasgos, fundamentan su impugnación sobre la base de las siguientes alegaciones:

a) Recurso presentado por VODAFONE.

Vodafone solicita la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada al amparo de los artículos 62.1, letras b), e) y f), y 62.2 de la LRJPAC, por entender que el acto ha sido dictado sin la habilitación competencial necesaria, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido y vulnerando el ordenamiento jurídico, tal y como se expresa a continuación.

A modo de resumen, la recurrente fundamenta su solicitud de nulidad en los siguientes motivos:

1. Nulidad de pleno derecho de la Resolución (artículos 62.1 b y e y 62.2 de la LRJPAC) por haber sido dictada sin la habilitación competencial necesaria, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido y vulnerando los artículos 54.1 de la LRJPAC, 9.3 de la Constitución Española y 3 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

Según Vodafone, con la medida adoptada, esta Comisión se ha excedido de la habilitación legal de que dispone para la resolución de conflictos, obviando los principios básicos que deben regir su actuación, en particular el de mínima intervención y el del respeto a la libertad de pacto entre las partes. La medida impuesta equivale, a su juicio, *“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 (.....)”*, por tanto, no puede justificarse sobre la base de su competencia para la resolución de conflictos sino sobre la de regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas, actuación para la que no se daban los presupuestos legales.

Alega Vodafone que la Comisión ha prescindiado *“total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al modificar, en el curso del procedimiento, de forma totalmente arbitraria el objeto del mismo sin motivación alguna”*, lo cual le ha producido indefensión.

Por otra parte, entiende Vodafone que la Comisión ha modificado el objeto inicial del procedimiento, ya que lo que Alterna planteaba era la falta de encaje de las propuestas de precios de los operadores con los parámetros fijados en la Resolución de 22 de julio de 2011, y sin embargo esta Comisión obvia este análisis de los precios ofrecidos para fijar directamente un nuevo precio para cada uno de ellos.

Por último, alega que se ha conculcado el principio general de fomento de la competencia efectiva, porque para imponer una medida regulatoria sobre la base de este objetivo general, el organismo público está sujeto al seguimiento de una serie de trámites de definición y análisis del mercado y al cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 11.5 de la LGTel en cuanto a las medidas que se impongan.



2. Nulidad de pleno derecho de la Resolución (artículo 62.2 de la LRJPAC) por vulnerar los artículos 54.1 de la misma Ley, incurriendo en falta de motivación y causando indefensión limitación de derechos e intereses legítimos, y el 9.3 de la CE.

En su Segundo motivo de impugnación, la recurrente argumenta que la Resolución es nula de pleno derecho porque no justifica ni motiva porqué no entra a analizar la propuesta de precios de Vodafone para determinar si era o no conforme a las directrices marcadas por la Resolución de 22 de julio de 2011 y porqué no tiene en cuenta este factor a la hora de adoptar la decisión de fijación de un nuevo precio para este operador. Asimismo entiende que incurre en falta de motivación por el hecho de haber modificado el objeto del procedimiento en curso sin motivación o justificación alguna.

3. Nulidad de pleno derecho de la Resolución (artículo 62.1 f de la LRJPAC) por vulnerar el principio general del derecho que establece la irretroactividad de los actos administrativos.

La Resolución impugnada, dictada el día 17 de marzo de 2011, impone a Vodafone la obligación de ofrecer a Alterna sus servicios mayoristas a partir del día 1 de octubre de 2010, fecha en la que debían haber llegado a un acuerdo.

A la vista de lo anterior, Vodafone entiende que esta Comisión ha de declarar la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por infracción del ordenamiento jurídico, por entender que vulnera el principio general de irretroactividad de los actos administrativos y, en consecuencia, el de prohibición del enriquecimiento injusto.

b) Recurso presentado por ALTERNA.

Alterna solicita que se “*deje sin efecto*” la Resolución recurrida en lo que se refiere a la cuantificación de los precios a satisfacer por Alterna a los operadores de acceso y se fije en su lugar un único precio igual para todos los operadores que ascienda a 0,23 euros para los servicios sin opt-in y a 0,29 euros para los servicios con opt-in, tal y como ya proponía en su escrito de interposición del conflicto.

Alterna sustenta su solicitud de revisión del acto en las siguientes alegaciones, principalmente de contenido económico, y referidas en su mayor parte a la metodología y procedimiento utilizados por esta Comisión para la fijación de los precios:

- 1 Sobre las cuantías de 0,15 y 0,06 euros Alterna no comparte que se hayan tomado como base estas cuantías para la fijación de los precios finales:

Por un lado, Alterna se muestra en desacuerdo con que se hayan tomado como base para el cálculo de los precios las cuantías señaladas porque, a su juicio, representan precios máximos en el mercado cuyos costes son cada vez más reducidos, prueba de ello es que son superiores a los ofrecidos realmente en el mercado, como se desprende de que:

- Los propios operadores están aplicando tarifas inferiores a sus abonados,



- La propia Comisión en su Informe del IV trimestre de 2010 recoge como ingreso medio por SMS entre abonados una cantidad inferior,
- El ingreso medio por SMS por el concepto de interconexión (terminación nacional) también es inferior, según el Informe del IV trimestre de 2010.

Por otro lado, entiende que la estructura de costes tenida en cuenta se aparta de lo establecido en la anterior Resolución de 22 de julio de 2010 porque de un precio máximo por mensaje se ha pasado a precios fijos (las cantidades 0,15 y 0,06 euros deberían ser precios máximos, no fijos). Además, la Resolución de 17 de marzo de 2011 introduce tres conceptos de costes nuevos, los costes de red, de atención al cliente y de subvención de terminales, que no estaban previstos en la anterior de 22 de julio y no cuantifica ni los costes añadidos por facturación ni los de insolvencias.

2. Alterna cuestiona la metodología utilizada por esta Comisión para determinar la cifra a la que ascienden los costes de los operadores, en primer lugar, porque entiende que el esquema de costes tenido en cuenta para calcular los precios difiere del previsto en la anterior Resolución de 22 de julio de 2010, por lo que, a su juicio, los tres conceptos empleados en la Resolución impugnada (coste de red, coste de atención al cliente y coste de subvención de terminales) han sido introducidos ex novo apartándose esta Comisión de su Resolución anterior. En segundo lugar, y ya sobre cada uno de los costes incluidos en el cálculo del precio, alega lo siguiente:

Costes de red: el procedimiento técnico para gestionar un SMS Premium y un SMS entre particulares es prácticamente el mismo, por lo que no se justifica un coste específico. Si los operadores tienen plataformas específicas para la gestión de los SMS Premium es una decisión interna unilateral de éstos que no se puede trasladar a Alterna haciéndole sufragar el coste de las mismas.

Costes de atención al cliente: la normativa reguladora de los servicios de tarificación adicional impone que el prestador del servicio, en este caso Alterna, disponga de un servicio de atención al cliente y que se informe al usuario convenientemente de quien es la empresa prestadora de este servicio. Según Alterna, el coste de atención al cliente que se pretende trasladar al precio es realmente un coste residual en la actividad global de los "call centers" de los operadores porque esa atención la presta Alterna principalmente.

Subvención de terminales: la política de subvención de terminales no es un coste sino una estrategia comercial diseñada por los operadores para captar la atención de los clientes, y en nada repercute en el servicio prestado por Alterna, por lo que no tiene justificación alguna que deba computarse un coste por este concepto.

Finalmente, Alterna al plantear el conflicto proponía el establecimiento de los precios tomando como referencia las dos cifras señaladas (0,15 y 0,06 euros), pero con la diferencia de que solo se incrementarían en el coste de facturación y gestión de cobro, y entendiendo comprendidos en esas cantidades los tres costes analizados, lo que reitera en el recurso.

3. La recurrente se muestra en desacuerdo también con el modo previsto para la facturación de los servicios con confirmación (opt-in), ya que a su juicio el mensaje



adicional de aceptación o rechazo del servicio por parte del usuario se debería retribuir a 0,06 euros y no a 0,15 euros como está establecido.

4. Alterna manifiesta que los precios fijados en la Resolución impugnada son muy superiores a los de las ofertas previas de los operadores basadas en un sistema tarifario de *revenue sharing*, y, en concreto, en el caso de FTE, superiores a la oferta realizada por éste en los términos de la Resolución de 22 de diciembre de 2011, por lo que entiende deberían haberse tomado como válidos los precios unitarios ofrecidos por este operador en lugar de fijar otras cuantías.
5. Por último, ha de destacarse que Alterna viene a formular también en su recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LRJPAC, una solicitud de acceso a determinados datos obrantes en el expediente recurrido que considera fundamentales para su defensa, entendiendo que la reiterada negativa de esta Comisión a acceder a los mismos le ha generado indefensión.

c) Recurso presentado por EUSKALTEL.

Por último, Euskaltel solicita la modificación parcial de la Resolución impugnada en lo que se refiere al precio fijado para ésta por entender que en la determinación de su precio final no se han recogido todos los conceptos de costes en los que incurre para la prestación del servicio, y por ello se le ha causado una clara lesión a sus derechos e intereses.

Concretamente se muestra en desacuerdo con las siguientes cuestiones:

1. Coste de subvención de terminales de alta gama:

La Resolución impugnada considera que *“Euskaltel no basa actualmente su modelo de competencia en una política de subvención de terminales de alta gama”*, sin embargo el operador manifiesta que sí practica esta política y que, en su caso, *“el coste medio por terminal de alta gama será previsiblemente muy superior al coste medio del resto de operadores, dado que Euskaltel no se beneficia de las economías de escala en la misma proporción que estos operadores ni tiene el mismo acceso a los principales proveedores de este tipo de terminales”*. Reclama por tanto que se incluya este concepto en la cuantía aportada en su recurso en la determinación del precio final de la prestación de sus servicios a Alterna.

2. Costes de la gestión de facturación y cobro y de la gestión de impagos:

Esta Comisión no ha tenido en cuenta al calcular su precio los costes por los conceptos de facturación y cobro y de gestión de impagos. Según Euskaltel, los costes derivados de estos conceptos son diferenciales, es decir, *“sensiblemente superiores a los incurridos en los SMS no Premium”*. Esto es debido a diversos factores, como el sistema de doble apunte en factura, el mayor número de reclamaciones o el mayor número de impagos iniciales de los clientes.

Sobre la base de lo anterior, Euskaltel solicita que se consideren ambas partidas en el cálculo de los costes.

3. Beneficio industrial sobre costes (*mark up*):



Alega Euskaltel que esta Comisión no ha tenido en cuenta en el proceso de fijación del los precios “*el beneficio industrial esperado de puesta en marcha de un determinado servicio*”, que en el caso de la recurrente estima en un 35% sobre costes directos de producción, y viene a solicitar que los costes contemplados en la Resolución se incrementen en la cuantía de este beneficio industrial para garantizar la rentabilidad del servicio.

CUARTO.- Declaraciones de confidencialidad.

Tanto Alterna como Euskaltel solicitaron que se declararan confidenciales determinadas partes de sus escritos de recurso y de alegaciones, en el caso de la primera, por considerar que contenían información acogida al régimen del secreto comercial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) y en el artículo 37 de la LRJPAC, esta Comisión declaró, mediante sendas Resoluciones de su Secretario de fecha 23 de junio de 2011, parcialmente confidenciales los escritos de recurso presentados por Alterna y por Euskaltel y el escrito de alegaciones aportado por Alterna al procedimiento con fecha 30 de mayo de 2011¹.

QUINTO.- Alegaciones de los interesados.

A lo largo del procedimiento (con fechas 29 de abril, 13, 17, 20 y 30 de mayo, 1 de junio, 12 de julio y 1 de agosto de 2011) se han recibido diversos escritos de las entidades Alterna, Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido (en adelante, AVA), TME y FTE mediante los que aportan sus alegaciones a los recursos interpuestos. Asimismo, con fecha 22 de julio de 2011, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión escrito de la entidad Alterna mediante el que amplía las alegaciones de su recurso de reposición interpuesto con fecha 20 de abril de 2011, por haber tenido con posterioridad a esta última fecha acceso a determinados documentos de interés que apoyan sus motivos de recurso.

Alterna plantea las siguientes alegaciones nuevas que completan las planteadas en el recurso:

En cuanto a la inclusión del concepto de **coste por la subvención de terminales**, reitera las alegaciones del recurso y aporta documentación que apoya su argumento relativo a que los operadores de acceso han falseado el término “subvención” dando a entender que ofrecer terminales a bajo coste (terminales “subvencionados”) les supone un coste cuando no es así, sino más bien compromisos de fidelización del cliente que suponen realmente rémora para la competencia efectiva porque impiden que los usuarios cambien de operador. Añade también que para enviar un SMS Premium no es necesario un móvil de última generación, sino que, más bien al contrario, la penetración de este tipo de terminales ha supuesto un descenso del mercado de los SMS Premium, lo que hace injustificable que se contemple este concepto como parte del precio que Alterna debe pagar.

En cuanto a las alegaciones relativas a las **cuantías base de 0,15 y 0,06 euros** establecidas para fijar el precio, vuelve a reclamar que esos precios sean máximos y que incluyan todos los costes adicionales que la Resolución prevé que se deben añadir,

¹ Dos de estas Resoluciones fueron recurridas en reposición por Alterna (resoluciones por las que se declaraba la confidencialidad de su escrito de recurso y de su escrito de alegaciones de 30 de mayo de 2011). Ambos recursos fueron desestimados por el Consejo de esta Comisión mediante Resoluciones de 28 de julio de 2011 (AJ 2011/1656 y AJ 2011/1657).



acompañando documentación sobre la rentabilidad de los SMS para los operadores y cómo el precio que se ofrece en el mercado minorista es inferior a 0,15 euros.

En cuanto al **coste por atención al cliente**, Alterna alega que el Proyecto de Ley por el que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a consumidores y usuarios configura este servicio como obligatorio y gratuito para el usuario y no podrá proporcionar ingresos adicionales a la empresa. Ante esta circunstancia cuestiona Alterna que se contemple como un coste que deba repercutírsele.

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 17 de marzo de 2011, relativa al 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 sobre precios para la conexión a redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (MTZ 2010/1986).

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 2010/1986 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, los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley.

En cuanto a su fundamentación jurídica en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, solo Vodafone cumple con este requisito formal. Sin embargo, si bien ni Euskaltel ni Alterna se refieren expresamente en sus escritos de recurso a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, limitándose a solicitar la anulación o la revisión de la Resolución de 17 de marzo de 2011, del contenido de sus alegaciones se desprende la invocación de causas de nulidad de pleno derecho. Por otra parte, a falta de fundamentación jurídica expresa, 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 todo lo anterior, procede admitir a trámite los tres 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. Origen y objeto del conflicto suscitado entre Alterna y los operadores móviles.

El presente procedimiento tiene su origen en el conflicto planteado por el proveedor de contenidos de tarificación adicional, Alterna, frente a determinados operadores móviles con el objeto de que esta Comisión impusiera a éstos la obligación de celebrar acuerdos que permitiesen la interoperabilidad de los servicios SMS Premium, así como ofrecerles unas condiciones económicas ajustadas a unos mínimos.

El procedimiento iniciado en esta Comisión para su resolución, que se tramitó con el número de expediente MTZ 2009/822 giró en torno al sistema tarifario a utilizar para calcular los precios del servicio mayorista de conexión a redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional. Esta Comisión entendió que era “razonable” que Alterna pueda negociar y acordar sus condiciones económicas sobre la base de una estructura de precios basada en precios unitarios y, finalmente, la resolución del procedimiento MTZ 2009/822 supuso el abandono, con efectos exclusivamente entre las partes en conflicto, del sistema



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de facturación vigente en el sector hasta entonces, conocido como *revenue sharing* (en el que el precio mayorista se calcula como un porcentaje del precio minorista final del servicio²), para pasar a otro basado en el establecimiento de un único precio unitario por servicio.

Asimismo, en cuanto a la cuantía de los precios, esta Comisión manifestó la necesidad de que los precios ofrecidos fueran transparentes y proporcionales a los servicios consumidos, así como que:

“(...) el nivel de precios por mensaje originado no debe ser superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, al que se añada un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobro diferenciales sobre un SMS convencional y soportados por el operador de acceso, más un coste extra por insolencias que refleje el mayor riesgo de impagos que podría generar este tipo de clientes y otras prestaciones específicas de los SMS Premium.

El precio fijado de acuerdo a las consideraciones establecidas en el párrafo anterior recogería de manera adecuada todos los costes³ [el pie de página corresponde al texto original] soportados por el operador de acceso en la provisión de dichos servicios así como el margen comercial habitual que el operador establece en sus servicios minoristas “equivalentes”.

En concreto, esta Comisión mediante la Resolución de 22 de julio de 2010 resolvió obligar a los operadores de acceso⁴ parte en el conflicto a “ofrecer a Alterna sus servicios mayoristas de conexión a sus 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 III.6.3” de la Resolución, y a llegar a un acuerdo sobre los precios en un plazo de dos meses.

Los mínimos a los que debía ajustarse el precio ofrecido (apartado II.6.3) consistían en que el **precio por mensaje originado** ofrecido a Alterna por los operadores de acceso “no debe ser superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, al que se añada un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobro diferenciales sobre un SMS convencional y soportados por el operador de acceso, más un coste extra por insolencias que refleje el mayor riesgo de impagos que podría generar este tipo de clientes y otras prestaciones específicas de los SMS Premium”.

Cabe precisar que con esta Resolución se pasa de un esquema de facturación mayorista concebida por servicio (entendiendo por tal el servicio completo de tarificación adicional que recibe el usuario, que puede comprender tres o cuatro SMS en distintas direcciones según se trate de servicios sin opt-in, de precio inferior o igual a 1,20 euros, o servicios con opt in, servicios de más de 1,20 euros) a otro de facturación por mensaje originado.

² El sistema de *revenue sharing* rige todavía como modelo de tarificación de forma generalizada en las relaciones comerciales entre los operadores móviles y los prestadores de servicios SMS Premium en España y se basa en la compartición de los ingresos minoristas. Las remuneraciones percibidas tanto por el proveedor de servicios SMS Premium como por el operador móvil se calculan como un porcentaje con respecto al precio final del servicio.

³ Dicho precio remuneraría tanto los costes de red como los costes relacionados con la provisión minorista del servicio tales como: (i) coste directos de servicios de valor añadido, (ii) canon sobre ingresos, (iii) canon del espectro, (iv) insolencias, (v) marketing, (vi) ventas, (vii) nuevos servicios, (viii) compras y logística de terminales, (ix) facturación y cobro, (x) atención al cliente, (xi) soporte, (xii) desarrollo de mercado y (xiii) otros costes no asignables directamente a servicios.”

⁴ Operadores móviles responsables de la facturación y cobro de los servicios prestados al usuario llamante, según terminología establecida en el apartado Cuarto 1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.



Pese a que los operadores de acceso sí realizaron sus ofertas a Alterna de acuerdo con el modelo de tarifa de un único precio unitario por servicio, no se produjo acuerdo entre las partes. Ante la falta de acuerdo sobre los precios del servicio en el plazo señalado, Alterna planteó ante esta Comisión con fecha 13 de octubre de 2010 un segundo conflicto que se tramitó con el número de expediente MTZ 2010/1986 que finalizó con la Resolución objeto de este recurso.

La Resolución impugnada establece, para cada tipo de mensaje (usuario-proveedor de servicios Premium y proveedor de servicios Premium-usuario), los precios máximos que cada uno de los operadores de acceso puede ofrecer a Alterna por el servicio de conexión a sus redes móviles en función de sus costes de prestación específicos, para cuyo cálculo se parte de una cuantía base: el precio nominal que actualmente presentan mensajes con características similares a los que se utilizan para la prestación del servicio de SMS Premium, resultando para cada tipo de mensaje las siguientes cuantías:

- Para los mensajes usuario-proveedor de servicios Premium, 0,15 euros, que es el precio nominal minorista del servicio de mensajes cortos entre usuarios.
- Para los mensajes proveedor de servicios SMS Premium-usuario, 0,06 euros, que es el precio mayorista del servicio de terminación de mensajes cortos.

Por tanto, tanto estas cuantías base como los precios finales establecidos, y con ello la Resolución de 17 de marzo de 2011 impugnada, suponen la concreción de las previsiones del apartado III.6.3 a las que se refiere el Resuelve de la Resolución de 22 de julio de 2010, haciéndose necesaria la intervención de esta Comisión en la definición de unos precios transparentes y proporcionales a los servicios consumidos ante la imposibilidad de que las partes interesadas lleguen a un acuerdo por la vía del libre acuerdo de voluntades y la solicitud de esta intervención por uno de los interesados.

Primero.- Análisis y contestación a las alegaciones de contenido eminentemente jurídico.

1. Sobre la presunta vulneración del artículo 24 de la CE causante de indefensión alegada por Alterna por no haber tenido acceso a determinada información obrante en el expediente y la solicitud de acceso a esos datos formulada en el recurso.

Alterna fundamenta gran parte de su recurso en la presunta vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española al habersele causado indefensión por el hecho de haberse adoptado el acto sin que hubiera podido tener acceso a determinada información relevante obrante en el expediente que se había declarado confidencial (la información económica sobre costes aportadas por los operadores, de las que se ha servido esta Comisión para la fijación de los precios). Alterna no se refiere en esta alegación a ninguna causa concreta de nulidad o anulabilidad de la Resolución, pero de lo señalado cabría entender que pretende la nulidad de pleno de derecho de conformidad con lo señalado en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC⁵.

A su vez, en el "Otrosí solicito" de su recurso Alterna formula también, en relación con esta cuestión, una solicitud formal de acceso a esos datos de conformidad con lo señalado en el artículo 37.1 de la LRJPAC sobre el régimen del derecho de acceso a Archivos y Registros de las Administraciones Públicas. Alterna considera que para el ejercicio de su derecho de

⁵ "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 (.....)."



defensa es necesario que se le dé traslado de los datos económicos concretos de los operadores utilizados por esta Comisión para el cálculo de cada una de las partidas de costes de los operadores trasladadas a la Resolución y que determinan el precio final, que deberían haber sido declarados confidenciales para cualquier persona excepto para Alterna “ya que esta entidad no podrá discutir la Resolución de esa Comisión sin conocer los mismos”.

A la vista de la íntima conexión que presentan ambas solicitudes se procede a darles contestación de forma conjunta en el presente apartado.

Por lo que se refiere a la solicitud de acceso a Archivos y Registros formulada por Alterna en su recurso, el régimen jurídico general del derecho de acceso lo encontramos en los artículos 35 h) y 37 de la LRJPAC, si bien interesa matizar en este punto las excepciones hechas a este derecho en los apartados 4 y 5 de este mismo artículo 37, que recogen lo siguiente:

“4. El ejercicio de los derechos que se establecen en los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección (.....), debiendo el órgano competente dictar resolución motivada.

*5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:
d) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial”.*

A fin de dar contestación a la solicitud de Alterna procede realizar las siguientes consideraciones:

- I. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que las cifras que integran la contabilidad de costes de los operadores a las que pide acceso Alterna afectan directamente al secreto comercial⁶ de los operadores porque revelan la estructura de su funcionamiento interno y expresan, en cierto modo, la política comercial que desarrollan por eso es muy importante garantizar que estas cifras no sean conocidas por el resto de los agentes del mercado.

El artículo 9.1 de la LGTel señala que “*las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial*”. La denegación del acceso a estas cifras supone el cumplimiento de la previsión de este artículo una vez ponderado el derecho de Alterna a conocerlas para el ejercicio de su defensa y el de los operadores para el libre ejercicio de su actividad sin que se vean perjudicados por el cumplimiento de la obligación de remisión de información prevista en la normativa y necesaria para el ejercicio de sus competencias por esta Comisión.

Además del ámbito del acceso a archivos y registros y del ámbito de la información manejada por las Autoridades Nacionales de Reglamentación, los secretos comerciales e industriales se hallan protegidos por las disposiciones sobre competencia desleal del ordenamiento jurídico español (artículo 13 de la Ley 3/1991), así como por las normas internacionales (artículo 39, letras a) a c), del Acuerdo ADPIC⁷), habiendo sido ello

⁶ Sobre la determinación de este concepto y porqué estos datos quedan integrados en este ámbito nos remitimos a lo señalado en los expedientes AJ 2011/1656 y AJ 2011/1657, por los que se desestiman los recursos de reposición interpuestos por Alterna Project Marketing, S.L. contras las declaraciones de confidencialidad dictadas en el marco del procedimiento AJ 2011/983.



ratificado por la jurisprudencia aplicable, lo que quiere decir que existe un amplio marco legal que viene a refrendar la importancia de la protección de cierta información de las empresas considerada reservada.

- II. Con el objeto de no menoscabar el derecho de Alterna a su defensa pero a la vez proteger el derecho a mantener reservada la información sensible del resto de interesados, esta Comisión ha seguido y aplicado, tanto en la Resolución recurrida, como las declaraciones de confidencialidad dictadas en el marco de este recurso⁸, un criterio uniforme de forma que quede garantizada la no discriminación entre operadores en lo que se refiere a la garantía de sus derechos. El citado criterio se basa en proteger todo lo necesario pero lo mínimo imprescindible para permitir conocer el razonamiento o argumentación planteados en el escrito pero no las cifras concretas (costes, volumen o cuota de negocio, volumen de SMS gestionados, etc.) que pertenecen claramente al ámbito del secreto comercial de los operadores implicados.
- III. Garantía del principio de transparencia en el procedimiento recurrido.

No se aprecia que la Resolución impugnada, por el hecho de mantener la confidencialidad de los datos de costes utilizados por la formación de los precios, comprometa el cumplimiento del principio de transparencia al que está obligada la Comisión como Administración Pública⁹. Así lo ha venido entendiendo esta Comisión en anteriores procedimientos en los que también se discutía sobre el acceso a datos confidenciales de tipo económico, como el tramitado con referencia AJ 2009/648, en el que se indicaba que:

“.....no se prevé, ni en el RSU ni en la propia Directiva, la publicidad de la contabilidad de costes, sino exclusivamente de las conclusiones de la auditoría. Por el contrario, sí se dispone expresamente en el artículo 46.2 del Reglamento la protección de “los aspectos confidenciales que pueda revelar una información contable excesivamente desagregada”.

La diferencia entre publicidad y transparencia es fundamental para valorar los supuestos en que podría producirse indefensión a los operadores, pues sólo la imposibilidad de conocer las razones de la decisión administrativa justificaría su reposición. Ello no ocurre en el presente caso, en que los criterios empleados para el cálculo del coste neto del servicio universal están suficientemente explicados, si bien las cifras sobre las que se parte son confidenciales, por provenir de la contabilidad de costes de Telefónica.”

Este criterio ha sido validado por la jurisprudencia, como se refleja en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 2011¹⁰, en la que la Sala, previo análisis de la explicación que realiza la Resolución de la Comisión recurrida sobre la metodología utilizada para determinar los costes en las distintas zonas y los ajustes procedentes, concluye que esta Comisión “(...) aplica criterios de imputación de costes que son

⁷ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que forma parte de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay, firmados en la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994.

⁸ Resoluciones recurridas en reposición por Alterna a las que ya se ha hecho referencia.

⁹ El artículo 3.5 de la LRJPAC contempla este principio como uno de los principios generales de funcionamiento de las Administraciones Públicas: “En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación.”

¹⁰ Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que desestima el recurso interpuesto por Vodafone contra la resolución de la Comisión de fecha 5 de mayo de 2008, por la que se estima en parte los recursos de reposición interpuestos por Orange y Vodafone contra la resolución sobre la estimación del CNSU en los años 2003, 2004 y 2005 (JUR 2011\52345).



prácticamente los mismos que ha venido utilizando la Comisión para evaluar el coste de ejercicios anteriores, y que han sido avalados por la jurisprudencia, y contienen valoraciones técnicas en las que la Comisión goza de libertad estimativa. Y habida cuenta de que el deber de transparencia no implica que la Comisión pueda vulnerar el deber de proteger la confidencialidad de la información que le es suministrada cuando ésta contiene datos que puedan desvelar la estrategia competitiva de la operadora.

Así pues, ha de concluirse que la Comisión tiene la obligación de garantizar la confidencialidad de la información que puede afectar al secreto comercial o industrial de los operadores y a ello responde la imposibilidad del acceso a los datos pretendido por Alterna, y que, no obstante, no se ha impedido a Alterna conocer y recurrir la metodología empleada para llegar al cálculo final o la estructura de costes aplicada, es decir, las razones de la decisión adoptada, por lo que la Resolución no está viciada de falta de transparencia.

Es pertinente recordar además que, salvo en el caso de Euskaltel y Xfera, los costes imputados al servicio mayorista analizado provienen de una contabilidad auditada al estar sometidos los operadores parte en el conflicto a esta obligación por tratarse de operadores con poder significativo en el mercado, lo que deja un margen muy limitado a las cuestiones objeto de recurso relativas a las cuantías tomadas como referencia. En definitiva, cabe matizar que, teniendo en cuenta que lo único a lo que Alterna no ha tenido acceso es a las cifras de costes derivadas de la contabilidad de los operadores, no puede afirmarse que la posibilidad de defensa de ésta haya quedado comprometida.

IV. Garantía del principio de confianza legítima en el procedimiento recurrido.

Los principios de buena fe y confianza legítima que deben respetar en su actuación las Administraciones Públicas, recogidos en el artículo 3.1 de la LRJPAC, son una concreción del principio constitucional de seguridad jurídica, tal y como señala la Exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero¹¹. Una interpretación conjunta de ambos principios lleva a la idea de que los poderes públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo (jurídicamente exigible) que el administrado pueda confiar en la Administración, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivables. Esos signos o hechos externos deben ser suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos (STS, Sala 3ª, de 8 de junio de 1990, Ar. 5180).

La traslación de estos principios a la actuación de esta Comisión implica que este organismo debe infundir a los operadores a través de sus decisiones la confianza de que la información reservada que se les requiere va a tratarse como tal, por lo que un levantamiento de esa confidencialidad implicaría la vulneración del principio de confianza legítima frente a éstos.

Derivado de lo anterior, podría entenderse que existe un interés público en la protección del secreto comercial de los operadores mediante el tratamiento

¹¹ Ley de modificación de la LRJPAC, de la que procede la redacción de este artículo.



confidencial de la información económica que aportan a esta Comisión, y los datos sobre costes quedan indudablemente incluidos en este ámbito, dado que lo contrario generaría una inseguridad jurídica tal que podría afectar al ejercicio de la competencia de esta Comisión para recabar información del sector, fundamental para el desarrollo de las funciones el organismo tiene encomendadas.

Por tanto, si bien pudiera ser cierto que en este caso, tal y como manifiesta la recurrente, la oportunidad de alegar ha podido verse en cierta forma condicionada por el hecho de no disponer de alguna de la información que ha determinado el sentido de la Resolución, esta Comisión, una vez ponderados los dos derechos contrapuestos (a la protección del secreto empresarial y a la defensa), ha estimado dar preponderancia a la protección de la confidencialidad de la información de carácter sensible de los operadores porque así se desprende del contenido del artículo 37.5 de la LRJPAC, del artículo 9.1 de la LGTel y de los principios generales de funcionamiento de la Administración Pública recogidos en la LRJPAC aplicados a este caso.

Además de todo lo anterior, conviene traer aquí a colación la jurisprudencia existente en torno a la apreciación de la vulneración del artículo 24 de la Constitución, esto es la indefensión, como causa de nulidad de los actos administrativos, que ha venido exigiendo la concurrencia de una serie de presupuestos que no se darían en este caso.

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 1999¹² y de 22 de septiembre de 2004¹³.

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.”

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 admitir que se haya producido la alegada infracción del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución. Y,

¹² RJ 2000\3200.

¹³ RJ 2004\6286.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 2005¹⁴ y de 20 de mayo de 2002¹⁵

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.”* También en la STS de 20 de mayo de 2002 se rechaza el mismo motivo alegado porque el recurrente, aunque no dispuso de trámite de alegaciones propiamente dentro del procedimiento administrativo, pudo efectuarlas en sede de recurso¹⁶.

Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, en una Resolución de esta Comisión de 11 de marzo de 2010¹⁷, 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.

La recurrente tuvo la oportunidad de alegar a lo largo de todo el procedimiento administrativo MTZ 2010/1986, antes y después del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJPAC, como así hizo, así como de recurrir las declaraciones de confidencialidad dictadas en el marco del mismo, optando en ese caso por no hacerlo. Asimismo ha tenido la oportunidad de recurrir y de alegar nuevamente en el marco del presente procedimiento de resolución de recurso administrativo y en el eventual procedimiento contencioso-administrativo.

Pero además, como ya se ha señalado, no podemos dar favorable acogida a la alegación de indefensión si la recurrente ha podido conocer los criterios empleados para el cálculo de los precios, que efectivamente aparecen ampliamente fundamentados en los apartados II.5 y II.6 de la Resolución de 17 de marzo de 2011. Prueba de esta posibilidad real de defensa es que gran parte del recurso de Alterna está dedicado, precisamente, a cuestionar la estructura y metodología de formación de los precios descrita en los apartados II.5 y II.6 de la Resolución que ha aplicado esta Comisión.

¹⁴ RJ 2005\5033.

¹⁵ RJ 2002\6217.

¹⁶ Señalando la Sentencia que *“Se aprecia la pérdida de un trámite en el procedimiento administrativo, pero no la pérdida relevante de una oportunidad de alegaciones.”*

¹⁷ AJ 2010/106.



En conclusión, y a la vista de todo lo expuesto, deben rechazarse tanto la alegación de supuesta indefensión causada por la Resolución por haber sido adoptada sin haber dado traslado a Alterna de la información confidencial, como la solicitud de acceso a esta información.

2. Sobre la presunta nulidad de la Resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 b) y e) de la LRJPAC por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Al amparo de los artículos 62.1, letras b) y e), y 62.2 de la LRJPAC, Vodafone reitera los argumentos ya planteados en su recurso contra la Resolución de 22 de julio de 2010 (AJ 2010/1508) sobre la falta de habilitación legal de esta Comisión para resolver el conflicto presentado por Alterna mediante medidas como las adoptadas en ambos casos. Entiende la recurrente que con la medida adoptada en esta ocasión (fijación de precios del servicio mayorista de conexión a redes móviles) esta Comisión se ha excedido de la habilitación legal de que dispone para la resolución de conflictos, obviando los principios básicos que deben regir su actuación, en particular el de mínima intervención y el del respeto a la libertad de pacto entre las partes.

La medida impuesta equivale, a su juicio, *“a la imposición de obligaciones específicas”*, lo que requería del seguimiento del procedimiento específico previsto en la Ley. Por tanto, la habilitación competencial para actuar era otra, la de la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas, y por ello la Resolución se habría dictado sin la habilitación competencial necesaria.

Por otra parte, Vodafone considera que la Comisión ha prescindiendo del procedimiento legalmente establecido por imponer una obligación específica sin seguir el procedimiento legalmente establecido y por haber modificado el objeto del procedimiento en el curso del mismo de forma arbitraria y sin justificación, porque esta Comisión debería haberse limitado a valorar si las condiciones económicas propuestas por Vodafone y por Alterna se adecuaban a los criterios establecidos en el apartado II.6.3 de la Resolución de 22 de julio de 2010. Sin embargo, según Vodafone, *“la CMT apartándose, sin motivación alguna, del objeto del conflicto planteado por Alterna, decide fijar directa y arbitrariamente las condiciones concretas a aplicar por mi representada a Alterna”*.

Vodafone destaca que no es lo mismo obligar a aplicar un precio unitario que fijar un precio concreto, por lo que la Comisión ha introducido un objeto nuevo en el procedimiento que invalida la resolución recurrida.

En contestación a la alegación de supuesta falta de competencia de esta Comisión para la fijación de precios en el marco de procedimientos de resolución de conflictos de acceso, ha de señalarse que, tal como se explica en la Resolución recurrida (páginas 4 y 5), esta Comisión interviene en la resolución del conflicto sobre la base de las competencias que le atribuyen en esta materia los artículos 11.3 y 14 de la LGTel, es decir, cuando las partes no han sido capaces de alcanzar un acuerdo, en este caso en relación con la fijación de los precios de los servicios mayoristas. La fijación de las cuantías concretas se hace necesaria puesto que es precisamente éste el motivo del conflicto en el que se solicita la intervención.

Esta facultad ha sido reconocida y amparada por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 31 de mayo de 2005¹⁸, considera adecuada la determinación por esta Comisión no sólo



de la estructura de precios, sino también de su cuantía, siempre que su establecimiento no se haya fijado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de forma “*arbitraria ni irrazonable*”. A lo largo de la Resolución de 17 de marzo de 2011, esta Comisión justifica suficientemente los precios que considera transparentes y proporcionales a los servicios prestados y los criterios y variables empleados para su determinación.

La Resolución que nos ocupa fija los importes que han de pagarse a los operadores de acuerdo con el criterio fijado por la de 22 de julio de 2010, una vez que las partes en conflicto no fueron capaces de alcanzar un acuerdo en el plazo fijado en ésta. Al tratarse de una concreción del contenido de una Resolución anterior, la competencia de esta Comisión para dictar la Resolución de 17 de marzo de 2011 se apoya en idénticas facultades que la anterior, por lo que resulta innecesario fundamentar nuevamente esta cuestión, remitiéndonos a lo expresado en este sentido tanto en la Resolución de 22 de julio de 2010 como en la de 7 de diciembre de 2010, por la que se resolvían los recursos de reposición interpuestos contra ésta (AJ 2010/1508).

En cuanto a la presunta omisión del procedimiento legalmente establecido, en primer lugar, debe aclararse que no nos encontramos ante la imposición de una obligación específica a los operadores con poder significativo de un mercado regulado, sino ante un procedimiento de solución de un conflicto que afecta exclusivamente a las partes implicada en el mismo. No puede haber, por tanto, omisión del procedimiento que Vodafone alega que debía haberse seguido porque no era éste el procedimiento legalmente establecido para este caso, tal y como ya se expuso en la Resolución de 7 de diciembre de 2010 (AJ 2010/1508) por la que se resolvían los recursos contra la Resolución de 22 de julio de 2010.

A juicio de esta Comisión, el recurso de Vodafone no contiene alegaciones novedosas respecto de las manifestadas durante la tramitación del procedimiento o que pongan de manifiesto que la Resolución recurrida contiene vicios o infracciones del ordenamiento jurídico que la invaliden de manera que proceda la declaración de nulidad de pleno derecho que en él se solicita. Tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en jurisprudencia ya consolidada¹⁸, la finalidad del recurso de reposición es que la administración autora del acto pueda reconsiderar su criterio decisorio para modificarlo o para mantenerse con base en fundamentos idénticos o con apoyo en razones distintas en todo o en parte. La reiteración de los argumentos impugnatorios, ya contestados de forma expresa, y siempre que no existan motivos de oportunidad que aconsejen a la Administración el cambio de su criterio dentro del margen de apreciación, en su caso, determina la desestimación de los mismos.

Cabe referirse en último lugar a la alegación sobre la divergencia existente entre el objeto del conflicto planteado por Alterna y la solución adoptada por esta Comisión para su resolución, que supondría según Vodafone la nulidad de la Resolución por omisión del procedimiento. En este sentido, el objeto del conflicto que dio lugar a la Resolución recurrida no ha variado.

Desde un primer momento Alterna solicitó que se ejecutara la Resolución de 22 de julio de 2010 mediante la concreción de las cantidades que debía abonar a los operadores de acceso por sus servicios. De hecho, en su escrito propone unas determinadas cuantías que demuestran el interés en que la Resolución no se limite a determinar si los precios

¹⁸ Sentencia de 31 de mayo de 2005 en la que se recurre la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de julio de 2000 por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre las empresas Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications, S.A.

¹⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 23 de febrero de 1983 (RJ 1983/938); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 17 de octubre de 1991 (RJ 1991/8190).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propuestos por los operadores se ajustaban a los parámetros fijados en el Resolución de 22 de julio de 2010 sino a resolver el conflicto fijando una cantidad concreta en concepto de precio mayorista.

Mediante el acto impugnado, esta Comisión lo que ha hecho es resolver una discrepancia que le ha sido sometida entre dos cantidades calculadas por los operadores. Tanto Vodafone como Alterna aportaron los datos en los que basaron los cálculos de sus precios a lo largo del recurso. Esta Comisión aplicó sobre los costes diferenciales (entre un SMS entre abonados y un SMS Premium) de cada operador móvil los criterios fijados en la Resolución de 22 de julio de 2010 obteniendo el precio del servicio para cada uno de ellos.

Esta Comisión, aplicando el principio de mínima intervención, dejó a las partes un plazo suficiente para acordar los precios, transcurrido el cual y a petición de uno de los interesados, fijó las cuantías.

El Resuelve de la Resolución de 22 de julio de 2010 obligaba a los operadores a ofrecer unos precios fijados de acuerdo a unos parámetros determinados y a las partes del conflicto a alcanzar un acuerdo en el plazo de 2 meses, por lo que el hecho de que Alterna recurriera por segunda vez a la intervención de esta Comisión tuvo su causa en la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, es decir, ese fue el principal motivo por el que Alterna plantea el conflicto ante esta Comisión, así pues, la intervención de esta Comisión está justificada en este caso desde el momento en que se denuncia la falta de acuerdo una vez finalizado el plazo marcado para ello.

En todo caso, no existe fundamento legal para sostener que la solución del conflicto debía limitarse a determinar si los precios ofrecidos cumplían o no con los parámetros de la Resolución de 22 de julio de 2010 porque las competencias reconocidas a esta Comisión en materia de resolución de conflictos no excluyen la fijación de precios y porque, como se ha expresado antes, la determinación de la cuantía exacta del precio era precisamente el núcleo del conflicto.

Así pues, esta Comisión se ha limitado a actuar conforme a las competencias que tiene reconocidas para la resolución de conflictos y tampoco el cambio de objeto, en el caso de haberse producido, llevaría a la nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido, ya que el procedimiento sería el mismo.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha previsto la necesaria concurrencia de una serie de requisitos específicos, señalados, entre otras, en las SSTS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) y de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7457), para la apreciación de la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC invocada por Vodafone que no concurren en el presente caso. En el apartado a) del Fundamento Segundo de la STS de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000\8997) el Alto Tribunal manifiesta 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 anteriormente, no nos hallamos ante la presunta omisión de un procedimiento de imposición de obligaciones sino frente a un procedimiento de solución de un conflicto en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 14 de la LGTel, y porque la solución dada al mismo, es decir, la fijación de las cuantías de los precios, se ajusta plenamente a lo planteado por la parte que inició el conflicto. Si bien en la primera Resolución (22 de julio) se establecía una obligación a aplicar un precio unitario, es cierto que en la segunda (17 de marzo) se pasa a la fijación de un precio concreto al no haber dado resultado la solución dada al conflicto anterior puesto que las partes no llegaron a acuerdo, pero en ambos casos se ha actuado conforme al principio de mínima intervención y de forma proporcionada al tipo de intervención solicitada por las partes. Por tanto, no procede acoger el motivo de recurso aquí analizado.

3. Sobre la presunta nulidad de la Resolución impugnada al amparo del artículo 62.2 de la LRJPAC por falta de motivación en cuanto a la medida adoptada de fijación de precios.

Vodafone alega que la Resolución es nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC porque vulnera diversos preceptos del ordenamiento jurídico relacionados con la necesidad de motivación de los actos administrativos, en concreto el artículo 9.3 de la CE, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y los artículos 89.3 y 54.1 a y b de la LRJPAC.

La recurrente observa falta de motivación en relación con los siguientes puntos de la Resolución:

- La Resolución no motiva porqué no se ha analizado si la oferta realizada por Vodafone tras la Resolución del primer conflicto (Resolución de 22 de julio de 2011) era o no ajustada a los requisitos marcados y, por tanto, válida.
- La Resolución no motiva porqué modificó el objeto del procedimiento, que pasó de ser inicialmente el análisis de las ofertas de los operadores para ver si se ajustaban a los criterios marcados en la Resolución de 22 de julio de 2011 a la fijación directa de los precios. Considera Vodafone que la falta de expresión de los motivos que fundaron la actuación administrativa le produce indefensión.

En relación con la primera de las manifestaciones debe indicarse que no puede haber falta de motivación en relación con una cuestión que no era objeto principal del procedimiento. Ya se ha puesto de manifiesto anteriormente que el objeto de la intervención de la Comisión en este caso no era analizar los precios ofrecidos a la luz de la Resolución de 22 de julio de 2011 sino mediar entre las partes en la determinación del importe concreto de los precios una vez que las partes no han logrado llegar a un acuerdo, y ello a fin de hacer efectivo el cumplimiento de la citada Resolución de 22 de julio de 2010. En el ejercicio de esta competencia la Comisión no se encuentra vinculada o condicionada en modo alguno por el curso y los términos concretos de la fase de negociación, puesto que el contexto en el que actúa el organismo público en la fijación de los precios es otro.

Es decir, una vez se requiere la intervención de la Comisión para mediar en el conflicto, la determinación de los precios debe perseguir, como señalaba la Resolución recurrida, *“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*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

derecho de acceso, pero sin más limitaciones que las de establecer unas condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias”, y así es como se ha desarrollado el procedimiento de adopción de la medida.

En relación con la segunda manifestación, ya se ha fundamentado en el punto anterior porqué entiende esta Comisión que no se ha producido tal modificación del objeto, por lo que no procede volver a abordar esta cuestión.

No obstante, además de lo anterior y en un plano estrictamente jurídico, tampoco puede prosperar la pretensión de nulidad del acto por la vulneración del artículo 9.3 CE (principio de seguridad jurídica) en relación con los artículos 89.3 y 54 de la LRJPAC porque, a juzgar por la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos de motivación de los actos administrativos, en el caso que nos ocupa no se aprecia tal vulneración.

La motivación de los actos administrativos ha sido definida en innumerables ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país como aquella exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo, de tal forma que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justifican el acto.

El Tribunal Supremo entiende que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse e invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”*²⁰. Asimismo, en su Sentencia de 8 de marzo de 2006²¹ el Tribunal entiende que *“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”*.

En la misma línea, en la SAN de 26 de febrero de 2007²², que fue confirmada posteriormente por STS de 15 de diciembre de 2009, se declara en relación con una Resolución de esta Comisión que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa.”

En el supuesto concreto de la Resolución recurrida no hay falta de motivación porque a lo largo de sus veinticuatro páginas, y, en particular, en los Fundamentos de derecho II.5 y II.6, quedan suficientemente razonados los motivos que han llevado a este organismo a optar por la decisión adoptada, describiéndose sucintamente tanto los principios y marco jurídico aplicados como los elementos tomados y el proceso seguido para llegar a las cuantías fijadas. Del contenido de la Resolución pueden colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final contenida en el “Resuelve” y permite a los interesados la

²⁰ STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819.

²¹ RJ 2006\5702.

²² JUR 2007\52343.



defensa, en su caso, tal y como requiere la doctrina del Tribunal Supremo citada, por lo que ha de desestimarse la alegación planteada por Vodafone.

Por otra parte, tampoco puede haber falta de motivación en relación con cuestiones que no han determinado o influido en la decisión adoptada, ya que ni se ha modificado el objeto del procedimiento ni era preciso un análisis de la adecuación de las ofertas a la Resolución de 22 de julio de 2010 para dar una solución al conflicto.

4. Sobre la presunta nulidad de la Resolución impugnada al amparo del artículo 62.2 de la LRJPAC por infracción del artículo 3 y 11.5 de la LGTel.

Vodafone alega que la Resolución debe declararse nula de pleno derecho por haber vulnerado esta Comisión los artículos 3 a) y 11.5 de la LGTel, que le exigen el cumplimiento de los principios de fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones en todas sus actuaciones y de imposición de obligaciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias en relación con el acceso a las redes.

Según Vodafone esta Comisión habría incumplido ambas obligaciones por los siguientes motivos:

- Cualquier actuación encaminada a la consecución el objetivo genérico del fomento de la competencia requiere de una serie de procedimientos previos a la intervención de la Administración, como el estudio y definición del mercado, definición de operadores con poder de mercado, etc., que no se han dado en este caso.
- El modelo de precio único crea barreras de entrada y sitúa el riesgo exclusivamente en el lado del proveedor.
- La medida impuesta, es decir, la fijación de los precios para el servicio mayorista de acceso a redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, no cumple con los requisitos del artículo 11.5 de la LGTel.

Sobre la aplicación del principio del fomento de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas en la Resolución recurrida, función que efectivamente corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en virtud del artículo 3 a) de la LGTel, se trata de un objetivo general que debe presidir cualquier actuación de este organismo para que el que no se prevén requisitos específicos de procedimiento, ni su aplicación está sujeta a condiciones o trámites concretos como los que señala la recurrente. Por tanto, ni la consecución de este objetivo está reservada a los procedimientos de imposición de obligaciones específicas en el marco de mercados regulados ni toda medida que trate de fomentar la competencia requiere de los pasos previos de definición de mercados.

Sobre la afectación de la medida adoptada (obligación de tarificar los servicios conforme a un sistema de precio unitario por servicio) al nivel de competencia en el sector, debe indicarse que no se está imponiendo una obligación genérica en el mercado de mensajería Premium sino que únicamente se ha resuelto un conflicto y la medida adoptada tiene efectos exclusivamente inter partes, es decir, que sus efectos se limitan a las relaciones comerciales entre las partes en conflicto. Como bien reflejaron los propios operadores de acceso en el procedimiento recurrido, el sistema de tarificación utilizado mayoritariamente en el sector no es el de precio unitario por servicio sino el de *revenue sharing*, por lo que no cabe sostener



que la aplicación de un precio fijo en la relación comercial con Alterna pueda suponer un riesgo de creación de barreras de entrada al mercado.

Por último, en relación con la presunta infracción del artículo 11.5 de la LGTel porque la medida no es objetiva, transparente ni proporcionada, además de ser discriminatoria, en ningún caso puede apreciarse esta causa de nulidad cuando precisamente para dar cumplimiento al artículo invocado, los precios se han definido de forma individualizada para cada operador y prescindiendo de cualquier condicionante ajeno al del análisis económico realizado sobre la base de los costes diferenciales de prestación del servicio y el volumen de mensajes gestionado por cada operador, es decir, exclusivamente sobre la base de elementos objetivos.

En atención a lo anterior, la obligación impuesta es objetiva, transparente, proporcionada y no discriminatoria por lo que no se ha vulnerado el artículo 11.5 de la LGTel.

5. Sobre la presunta nulidad de la Resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 f) de la LRJPAC por vulneración del principio general de irretroactividad de los actos administrativos.

La Resolución de 17 de marzo de 2011 establece como fecha de aplicación de los precios el 1 de octubre de 2010, fecha en la que debían haber concluido las negociaciones y haberse firmado los acuerdos entre las partes, aunque el procedimiento se inició el 13 de octubre de 2010 con la entrada del escrito de interposición del conflicto de Alterna.

Sobre la base del artículo 62.1 f) de la LRJPAC, Vodafone plantea que la Resolución de 17 de marzo de 2007 es nula de pleno derecho por vulnerar el principio general del derecho que establece la irretroactividad de los actos administrativos ya que retrotrae la ejecutividad de la medida adoptada a una fecha anterior a la adopción del acto, generando el consiguiente enriquecimiento injusto para Alterna.

En este sentido cabe indicar que la citada Resolución ya aborda esta cuestión por haberse planteado en el curso del procedimiento, y a lo allí expuesto sobre el concepto de retroactividad impropia debemos remitirnos²³, reiterando no obstante que la Resolución de 17 de marzo de 2011 supone la concreción de las cantidades que los operadores debían haber fijado como precio en aplicación de la Resolución de 22 de julio de 2010 y, por lo tanto, aunque formalmente es un nuevo acto, en realidad todos sus elementos ya existían en julio de 2010 y debían haberse hecho efectivos a finales de septiembre de 2010²⁴, momento en que tenían que haber llegado a un acuerdo.

El mismo criterio de la retroactividad impropia es acogido por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 27 de octubre de 2010, sobre la Resolución del Consejo de la Comisión de 27 marzo 2008 que aprueba la Resolución sobre revisión de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha (OIBA) de Telefónica de España, SAU, que expresa lo siguiente:

“Por ejemplo la STC de 18 de mayo de 2009, RTC 2009 122, (en el mismo sentido encontramos otras muchas, como la de 5 de abril de 2006, RTC 2006 114) ha indicado: «el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las

²³ Ver título “Fecha de aplicación de los precios” del apartado II.6 “Estructura de precios aplicables a alterna en la prestación del servicio mayorista de conexión a las redes móviles”.

²⁴ El plazo para llegar a un acuerdo entre las partes finalizó los días 27 (para TME y Vodafone), 28 (para FTE) y 30 (para Euskaltel y Xfera) de septiembre de 2010 en función de la fecha de notificación a cada uno de los operadores.



circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad, resultando relevante la distinción entre las disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. Así, en el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio, mientras que en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento²⁵».

De la Sentencia indicada obtenemos al menos dos dimensiones: la incidencia de la Ley (aquí del acto administrativo) sobre realidades «producidas o desarrolladas» con anterioridad, esto es, agotadas, y la incidencia sobre situaciones o relaciones jurídicas «no concluidas» o en curso.

Este último es nuestro caso, pues, si bien las recíprocas prestaciones de las partes (las operadoras) que los precios retribuyen sí podrían calificarse de “producidas” e incluso de “agotadas” no puede dejarse de lado que esa relación entre sujetos privados ha quedado sujeta durante todo este tiempo a una intervención administrativa que, por el contrario, quedaba a expensas –en estado de pendencia– de la decisión final en materia de precios”.

Lo mismo cabría decir del supuesto planteado aquí, puesto que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, las partes se sometieron para la fijación de los precios a la decisión de esta Comisión.

Con independencia de lo anterior, la causa de nulidad alegada en este caso (la recogida en el artículo 62.1 f) de la LRJPAC, por el que “Son nulos de pleno derecho: (...) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”) no puede tener favorable acogida puesto que no es de aplicación a este supuesto concreto al no ser la Resolución de 17 de marzo de 2011 un acto mediante el que los operadores afectados estén adquiriendo facultades o derechos en el sentido que expresa el citado artículo.

El artículo 62.1 f) requiere para su aplicación, como se desprende de su tenor literal, que el acto impugnado determine para el interesado el nacimiento de un derecho o facultad y esto no ocurre en el caso de fijación de las condiciones económicas de la prestación de un servicio.

6. Sobre la alegación de Alterna relativa a que la estructura de costes tenida en cuenta para la fijación de los precios en la Resolución impugnada se aparta de los criterios definidos en la anterior Resolución de 22 de julio de 2010.

Alterna plantea en el Fundamento de derecho tercero de su recurso que la Resolución ahora impugnada se aparta de la anterior de 22 de julio de 2010 (que resolvía el primer conflicto)

²⁵ El subrayado es añadido.



porque introduce en la composición del precio tres nuevos conceptos de costes que no estaban previstos en ésta.

Según la recurrente, la estructura de costes tenida en cuenta en la Resolución objeto del recurso difiere manifiestamente de la prevista en la de 22 de julio de 2010 porque al indicar en esta Resolución que *“el nivel de precios por mensaje originado no debe ser superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, al que se añada un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobro diferenciales sobre un SMS convencional y soportados por el operador de acceso, más un coste extra por insolvencias que refleje el mayor riesgo de impagos que podría generar este tipo de clientes y otras prestaciones específicas de los SMS Premium”* (apartado II.6.3, página 26), únicamente se contempló la suma dos conceptos adicionales al precio de un SMS convencional: uno por el coste de facturación y cobro diferencial y otro por el coste de insolvencias, impagos y otras prestaciones específicas, quedando cualquier otra prestación específica de los SMS Premium contempladas en este segundo coste extra.

A juicio de esta Comisión, la interpretación que realiza Alterna del párrafo de la Resolución reproducido es claramente errónea, como se detalla a continuación.

La Resolución de 22 de julio 2010 prevé que se pueda añadir al precio minorista de un SMS convencional *“un **margen adicional** para cubrir los costes de facturación y cobro diferenciales sobre un SMS convencional (.....), **más un coste extra por insolvencias (.....) y otras prestaciones específicas de los SMS Premium**”*, quedando comprendidos los tres costes tenidos en cuenta en la Resolución de 17 de marzo de 2011 a los que se refiere Alterna (costes de red, costes de atención al cliente y coste de subvención de terminales) en este concepto de “otras prestaciones específicas”.

Como se puede observar, el ámbito que comprende cada uno de estos conceptos los hace completamente independientes (facturación y cobro, insolvencias, y prestaciones específicas de los SMS Premium), no pudiéndose considerar, como pretende Alterna, que alguno de ellos pueda encontrarse incluido en los anteriores. Son conceptos claramente diferenciados. De hecho, la Resolución de 22 de julio de 2010 continúa señalando en el párrafo siguiente que *“El precio fijado de acuerdo a las consideraciones establecidas en el párrafo anterior recogería de manera adecuada todos los costes soportados por el operador de acceso en la provisión de dichos servicios, así como el margen comercial habitual que el operador establece en sus servicios minoristas equivalentes”*, y la referencia *“todos los costes”* incorpora un pie de página aclaratorio en el que, a modo de ejemplo y como lista abierta, se citan dos conceptos de los finalmente considerados en la Resolución de 17 de marzo de 2011 (ver página 26):

*“Dicho precio remuneraría tanto los **costes de red** como los costes relacionados con la provisión minorista del servicio tales como: (i) coste directos de servicios de valor añadido, (ii) canon sobre ingresos, (iii) canon del espectro, (iv) insolvencias, (v) marketing, (vi) ventas, (vii) nuevos servicios, (viii) compras y logística de terminales, (ix) facturación y cobro, (x) **atención al cliente**, (xi) soporte, (xii) desarrollo de mercado y (xiii) otros costes no asignables directamente a servicios”*.

Es decir, esta Comisión trató de agrupar en estos párrafos todos los elementos de un SMS Premium que suponían un incremento en los costes de los operadores móviles en relación con los de un SMS convencional. Con esta finalidad se incluyeron todos los elementos específicos que suponen un mayor coste.



En concreto, con la inclusión del concepto genérico de “*otras prestaciones específicas*”, lo que pretendía esta Comisión es un ejercicio por parte de los operadores consistente en valorar los elementos singulares que participan en la prestación de servicios SMS Premium. En su segunda intervención en el conflicto (Resolución de 17 de marzo de 2011), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a realizar ese ejercicio y comprobó que los tres elementos diferenciales eran costes de red, atención al cliente y la subvención de terminales vinculada a nuevas altas. En el Fundamento de derecho siguiente se observará cómo las argumentaciones de Alterna destinadas a desvincular estos tres elementos de la prestación específica de los servicios SMS Premium no pueden tener favorable acogida.

Por otra parte, Alterna parece interpretar la expresión “*dicho precio*” contenida en el pie de página en el sentido de que se refiere únicamente al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, que ya remuneraría tanto los costes de red relacionados con la provisión minorista del servicio como el resto de los conceptos recogidos en la nota al pie. Por tanto, a juicio de Alterna, al precio base establecido en la Resolución de 17 de marzo de 2011, solo habría que añadirle los conceptos vinculados al mensaje de confirmación o bien a los servicios de facturación y a la posible garantía de insolvencia.

Pues bien, ha de aclararse que con la expresión “*dicho precio*” esta Comisión no se refiere a uno de los componentes del precio final, esto es, al “*precio minorista de un SMS convencional entre abonados*”, sino al conjunto de los elementos que componen el precio a cobrar por el operador móvil al proveedor de servicios SMS Premium (precio SMS convencional, más facturación y cobro, más insolvencias y más otras prestaciones). Sólo interpretando de esta forma el párrafo aclaratorio podría entenderse que entre los conceptos enumerados en el pie de página figurasen también “*facturación y cobro*” e “*insolvencias*” que son componentes diferenciados del precio de un SMS convencional.

En conclusión, de los distintos conceptos de costes diferenciales previstos en la Resolución de 22 de julio de 2010, la Resolución de 17 de marzo de 2011 no contempló finalmente un coste específico por insolvencias pero sí tres tipos de costes asociados a “*otras prestaciones específicas de los SMS Premium*”, concepto expresamente previsto en la primera Resolución, por lo que la alegación de la recurrente analizada en el presente apartado no tiene fundamento alguno y debe, por tanto, desestimarse.

Segundo.- Análisis y contestación a las alegaciones de contenido económico y técnico referidas fundamentalmente a los precios fijados y el procedimiento seguido para su cuantificación.

Las alegaciones planteadas por Alterna y Euskaltel en sus recursos se refieren fundamentalmente a la metodología de cálculo de los precios contemplada en la Resolución del procedimiento MTZ 2010/1986, así como a las cuantías concretas que se obtienen de los mismos. En este sentido, los operadores se refieren principalmente a los siguientes aspectos de contenido económico y técnico de la Resolución impugnada:

1. Cuantías de 0,15 y 0,06 euros tomadas como punto de partida común para definir los distintos precios.

Alterna cuestiona las cuantías de 0,15 euros para los mensajes usuario-proveedor y de 0,06 euros para los mensajes proveedor-usuario fijadas en la citada Resolución porque, a su juicio, dichos precios son superiores a los precios medios existentes en el mercado.



Alterna fundamenta dicha afirmación en la existencia de ofertas minoristas que contemplan precios de envío de mensajes inferiores a los 15 céntimos de euro, así como la existencia de algunos descuentos a nivel mayorista para la terminación de mensajes SMS, hecho que provoca que el precio medio del servicio SMS entre abonados sea de 0,1095 euros y el precio de terminación de SMS de 0,058 euros²⁶.

En consecuencia, Alterna considera que la Comisión está partiendo de dos importes que son máximos en el mercado para la fijación de los precios.

A este respecto es preciso refutar la afirmación de que esta Comisión ha tomado como base los precios máximos puesto que la referencia tenida en cuenta para la fijación del precio de los mensajes enviados desde el usuario hacia el proveedor, como no podía ser de otra manera, ha sido precio el nominal minorista del servicio de mensajes.

Por otra parte, es importante destacar que Alterna comete un error metodológico al comparar dos magnitudes que en ningún caso son comparables, ya que los precios medios recogen el patrón de consumo de un usuario medio, que no se corresponde con el patrón de consumo asociado a un usuario de este tipo de servicios Premium. Por tanto, la diferencia de dicho precio nominal con el precio medio citado por Alterna viene explicada por múltiples factores relacionados con la oferta minorista de los operadores móviles como pueden ser, entre otros: (i) la existencia de paquetes específicos para determinados nichos de consumidores, (ii) tarifas limitadas a mensajes on-net, (iii) tarifas restringidas a usos de mensajes a destinos concretos o a un número limitado de mensajes, (iv) tarifas condicionadas a unos consumos mínimos.

Teniendo en cuenta que el objetivo de la Resolución no era otro que fijar unos precios nominales, la referencia debe ser el precio nominal, puesto que la aproximación que se extrae del escrito de Alterna (utilización de los precios medios) supondría de facto la traslación directa del resultado de las ofertas a nivel minorista de los operadores de acceso al precio mayorista nominal de los SMS Premium, sin que dichas ofertas fueran diseñadas para este tipo de servicios ni debiera cumplirse ningún requisito por parte de Alterna. Por lo tanto, se estaría trasladando de forma artificial e injustificada las ofertas minoristas relativas al servicio SMS entre abonados al precio nominal que debe hacer frente el operador de SMS Premium a nivel mayorista para la prestación de su servicio. Hay que significar que el precio de 0,15 euros que fija la Resolución es un precio máximo sobre el cual puede aplicarse los descuentos, típicamente descuentos por volumen, que libremente acuerde Alterna con los distintos operadores.

De forma análoga, para la fijación del precio de terminación de mensajes, se ha tomado como base el precio mayorista nominal, sin tener en cuenta los descuentos mayoristas que puedan haber pactado libremente los operadores. Alterna, por su parte, tal como se ha indicado anteriormente, está en disposición de negociar con los operadores de acceso descuentos sobre este precio, por ejemplo en función del volumen de mensajes. Si se aceptara la propuesta de Alterna se estaría trasladando de forma artificial e injustificada el resultado de las ofertas mayoristas que realizan el conjunto de operadores a Alterna sin que ésta deba cumplir ningún requisito para beneficiarse de ellos.

2. Estructura de costes contemplada para la fijación de los precios.

²⁶ Según Informe de esta Comisión de estadísticas del sector del IV Trimestre de 2010.



En segundo lugar, tanto Alterna como Euskaltel aportan sus consideraciones críticas sobre la estructura de costes contemplada en la Resolución sobre la que luego se fijan los precios.

Por un lado, Alterna considera que la estructura de costes tenida en cuenta para obtener los valores de la Resolución objeto del recurso difiere manifiestamente de la señalada en la Resolución de 22 de julio de 2010, cuestión que ya ha quedado contestada en el Fundamento de derecho anterior. Además de esto, Alterna pone en entredicho la repercusión de una serie de costes al precio final mayorista de los SMS Premium, mostrándose en particular en desacuerdo con la inclusión de los costes de red, los costes atención al cliente y el coste de subvención de terminales como partidas independientes que se añaden a las cuantías base de 0,15 y 0,06 euros, ya que entiende que esos costes ya están contemplados en el precio base y por tanto se están repercutiendo doblemente.

Por otro lado, Euskaltel centra su recurso en denunciar que no se le han computado en el precio final fijado por esta Comisión una serie de costes (coste de subvención de terminales de gama alta, coste de los servicios de facturación y cobro e impagos y una partida en concepto de beneficio industrial que calcula en un 35% sobre costes directos de producción) que, a su juicio, deberían estar incluidos.

2.1. Contestación a las alegaciones de Alterna relativas a la estructura de costes contemplada por esta Comisión para definir los precios.

2.2.1. Sobre el concepto de costes de red

En relación con los costes de red Alterna considera que, teniendo en cuenta que los SMS Premium tienen una topología muy similar a la de un SMS normal entre abonados, los costes de red ya estarían correctamente retribuidos a través del precio minorista de 0,15 euros y mayorista de 0,06 euros.

Al hacer esta afirmación la recurrente menosprecia el coste de los desarrollos y las plataformas que deben implementar los operadores para poder gestionar los mensajes SMS Premium. Ciertamente los SMS Premium se basan en la arquitectura de red y los equipos que los operadores han desplegado para la prestación del servicio de SMS entre usuarios. Sin embargo, no es menos cierto que para poder poner a disposición de los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes las interfaces necesarias para que éstos puedan recibir y enviar SMS Premium, los operadores han tenido que implantar una serie de plataformas específicas. Estas plataformas específicas no corresponden, tal como alega Alterna, a una decisión técnica e innecesaria de los operadores que pueda imputarse a ellos, sino a la necesidad de dotar de conectividad al centro de mensajes cortos (SMSC²⁷), con el grado de seguridad y fiabilidad que requiere cualquier conexión a un elemento de red, así como dotar al sistema del rendimiento y facilidades que requiere el servicio de SMS Premium.

Adicionalmente, cabe señalar que para el cálculo de este concepto (costes de red) se han tenido en cuenta únicamente los elementos de red (funcionalidades, plataformas, etc.) que son utilizados únicamente para la prestación de los servicios SMS Premium. Por lo tanto no se produce nunca una doble imputación ni dichos costes pueden considerarse incluidos en los precios nominales de 0,15 y 0,06 euros, ya que los mencionados valores son la referencia de precios de servicios diferentes al SMS Premium como son el SMS entre abonados o la terminación SMS.

²⁷ El SMSC (*short message service center*) es el elemento de red encargado de gestionar los mensajes enviados por los usuarios de un operador.



2.2.2. Sobre los conceptos de costes de atención al cliente y costes de subvención de terminales.

En relación con las alegaciones presentadas por Alterna referentes a estos dos conceptos es preciso reseñar, de forma preliminar, que Alterna realiza una serie de estimaciones matemáticas en su escrito al objeto de poner en entredicho la metodología utilizada en la Resolución para el cálculo de estos valores.

Sin embargo, los valores obtenidos en la Resolución no emanan de estimación alguna sino que provienen de las contabilidades de costes presentadas por los operadores obligados a presentar contabilidad de costes de acuerdo a las obligaciones impuestas en los mercados y auditadas por esta Comisión. Asimismo, es preciso remarcar que, de todos los costes asignables a los servicios SMS Premium, únicamente se han tenido en cuenta, tal como se señala en la Resolución, aquellos costes adicionales a los que deben hacer frente los operadores de acceso para la prestación de los servicios SMS Premium que por sus características diferenciales se consideró que no estaban correctamente retribuidos a través de los precios nominales de los servicios anteriormente mencionados.

Pues bien, en relación con el **coste de atención al cliente**, Alterna argumenta que la actual normativa de los servicios SMS Premium obliga al proveedor de este tipo de servicios a dar a conocer sus datos de contacto a los usuarios para que puedan dirigirle directamente sus reclamaciones. Por lo tanto, en su opinión, *“el usuario es consciente de la empresa que le presta el servicio de SMS Premium”*, lo que justificaría su exclusión como concepto de coste diferenciado para el cálculo del precio final a pagar al operador de acceso.

Sin embargo, por un lado hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que los proveedores de servicios SMS Premium deben atender directamente las reclamaciones de sus clientes, también lo es que la mayoría de las quejas van muy unidas a problemas de facturación, por lo que en estas ocasiones el cliente se dirige, en primer lugar, a la empresa que factura que es la que le presta el servicio telefónico. Además, el operador de acceso tiene un gran interés en la resolución positiva de este tipo de problemas porque de no ser así podría llegar a perder a ese cliente. Por ello, está claro que las reclamaciones de los usuarios de servicios de mensajería Premium suponen a los operadores del servicio telefónico una actividad adicional que debe ser compensada y que justifica la toma en consideración del coste del servicio de atención al cliente entre los que deben repercutirse al prestador de estos servicios.

Para ello se ha partido de la contabilidad de costes regulatoria auditada de cada uno de los tres operadores con obligación de presentarla, considerando exclusivamente el coste de atención al cliente imputable singularmente a los servicios Premium. En consecuencia, en el citado valor ya se excluyen los costes de atención de cliente derivados del resto de servicios que provee el operador.

Por otro lado, cabe señalar que, aunque ciertamente la normativa vigente (Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, y Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes) ha incidido en el hecho de que el prestador del SMS Premium sea fácilmente identificable por el usuario y que la forma de contacto sea fácil y ágil, algunos usuarios siguen percibiendo al operador del servicio telefónico disponible al público como operador al que dirigirse en caso de duda o queja con respecto al servicio SMS Premium.



Probablemente, esta identificación radica precisamente en el hecho de que es el operador del servicio telefónico y no el operador del servicio SMS Premium el encargado de facturar los servicios SMS Premium al usuario final, en consecuencia ante una queja sobre facturación el usuario tiende a quejarse inicialmente al operador que le factura.

Por ello, en la Resolución se ha estimado conveniente reconocer el coste diferencial de atención al cliente que les supone a los operadores del servicio telefónico la prestación del servicio SMS Premium.

Lo mismo sucede con la **subvención de terminales**, con la particularidad de que, en este caso, tal como se señala en la Resolución, únicamente se ha considerado pertinente repercutir a los proveedores la parte de alta de subvención de terminales atribuido a los servicios SMS Premium y no la totalidad de los costes de subvención de terminales atribuidos en la contabilidad de costes al servicio SMS Premium, los cuales incluirían también los programas de fidelización.

2.2.3. Sobre el sistema de facturación establecido para los servicios con confirmación (numeración con opt-in).

En último lugar, procede rebatir también la afirmación realizada por Alterna sobre que los mensajes adicionales que debe enviar el prestador de servicios SMS Premium obligatoriamente en el caso de los servicios opt-in deberían estar referenciados al precio mayorista de terminación de mensajes cortos y no estar grabados por los costes adicionales de los servicios SMS Premium, ya que, de este modo, si se aplicara el mecanismo indicado en la Resolución, se estaría retribuyendo dos veces al operador por el mismo servicio: 2 veces por la red, 2 veces por atención al cliente y 2 veces por la subvención de terminales.

Es decir, Alterna se muestra en general conforme con las cuantías de 0,06 euros como precio base para los SMS que se envían desde Alterna al usuario y de 0,15 euros para el primer SMS que remite el usuario a Alterna, pero no en el caso de los servicios con opt-in, es decir, los que exigen confirmación del usuario. En este caso, disiente *“en cifrar el segundo mensaje que debe enviar el usuario en 0,15 € nuevamente. Este segundo SMS debería tener un coste de tráfico de 0,06 € al igual que los otros”* puesto que su existencia se justifica en la obligación establecida en el artículo 5.5 de la Orden ITC/308/2008 que obedece a la necesidad de garantizar la voluntad del usuario de recibir el servicio mediante una doble confirmación.

Esta alegación ya fue planteada y fue debidamente contestada en el marco del procedimiento MTZ 2010/1986, debiendo remitirnos a lo expuesto en este sentido en la Resolución de 17 de marzo de 2011 (apartado II.7, página 19), en la que se expresaba que:

“Alterna está confundiendo el precio mayorista con el minorista. La Orden no entra a delimitar los importes que a nivel mayorista han de pagarse entre los operadores por estos conceptos. A nivel minorista, el operador de acceso no puede cobrar al usuario final el precio del servicio SMS Premium y añadir el del SMS de invocación, confirmación, etc. Sin embargo, a nivel mayorista la aplicación del sistema de precio unitario por servicio implica necesariamente que se cobre por cada servicio que se presta. Esta Comisión considera que para el cálculo de las cantidades a abonar entre el operador de acceso y el proveedor de servicios SMS Premium puede estimarse el importe de cada mensaje que envíe el abonado en 0,15 €, ya sea en el momento inicial, ya sea con posterioridad”.



Puede añadirse a lo anterior que cuando realiza esta aseveración la recurrente no tiene en consideración el hecho de que para el cálculo de los valores de red, atención al cliente y subvención de terminales se ha tenido en cuenta el volumen total de mensajes generados y recibidos por los proveedores de los servicios SMS Premium y no únicamente los dos primeros mensajes (mensaje usuario-proveedor SMS Premium y mensaje proveedor SMS Premium-usuario), por lo tanto los costes adicionales que se han calculado, deben incorporarse a todos los mensajes y no únicamente a los 2 primeros. En caso contrario, se estarían infravalorando los costes puesto que los mismos se han calculado a nivel unitario, dividiendo por un número de mensajes superior al volumen de mensajes a los que se les imputaría el coste adicional.

Tampoco existe justificación para valorar el segundo de los mensajes entre el usuario y Alterna en 0,06 euros, en lugar de los 0,15 euros propuestos puesto que este último valor es el que corresponde al precio minorista de los mensajes generados por un usuario y, por lo tanto, el que debe regir en este tipo de comunicación al ser un mensaje generado por el usuario.

2.2. Contestación a las alegaciones de Euskaltel relativas a la estructura de costes contemplada para este operador para la definición de sus precios mayoristas.

En relación con las alegaciones presentadas por Euskaltel por las que solicita la inclusión en su precio mayorista de los conceptos de coste de subvención de terminales, costes diferenciales por el servicio de facturación y cobro y por la gestión de impagos y, finalmente, una cuantía en concepto de beneficio industrial sobre costes (*mark-up*), en primer lugar hay que reiterar lo ya indicado en la Resolución impugnada en el sentido de que los precios base de los que parten los precios mayoristas finalmente fijados (es decir, 0,15 y 0,06 euros) ya compensan razonablemente, a juicio de esta Comisión, los costes derivados del servicio de facturación y cobro, de la gestión de impagos y contemplan también un beneficio industrial sobre los costes.

Esto es así porque el precio base de los mensajes, tanto en el sentido usuario-operador SMS Premium como operador SMS Premium-usuario, se basa en los precios nominales y no en los costes. Por lo tanto, las cuantías consideradas como precio base ya incluyen cierto beneficio industrial (el mismo que el operador obtiene del servicio de mensajes SMS entre usuarios), así como un margen suficiente para remunerar razonablemente el resto de costes detallados por Euskaltel.

Por ejemplo, en el primer caso (mensajes usuario-prestador de servicios Premium), el precio base tomado como referencia (0,15 euros) es el precio nominal minorista establecido por los operadores en condiciones comerciales competitivas para el servicio de mensajes cortos, y por tanto ya contempla los costes minoristas, entre los que se encuentran los importes correspondientes a facturación y cobro.

En relación con los impagados o insolvencias, debe rechazarse la alegación de Euskaltel pues, como se explicó en la Resolución, los impagados los asume Alterna a la que se le repercuten. Por este motivo, no se le puede trasladar como coste unas cantidades que soporta ella y no Euskaltel.

En cuanto a la inclusión del coste de subvención de terminales solicitada por Euskaltel, cabe señalar que la Resolución no niega el hecho de que Euskaltel realice cierta política de subvención de terminales, sino que lo que indica es que: *“El resto de operadores, Euskaltel y Xfera, actualmente no basan su modelo de competencia en una política intensiva de*



subvención de terminales²⁸ de gama alta, sino en estructuras tarifarias diferenciadas con respecto a sus competidores.”.

Por lo tanto, a la hora de reconocer a los operadores cierto coste por el concepto de subvención de terminales se valora, no tanto la existencia de dicha política, sino la intensidad de la misma. De hecho, incluso cuando se acepta que el operador está realizando una política intensiva en este campo, no se reconoce íntegramente el citado coste, puesto que, tal como se detalla en la Resolución, es preciso discriminar las políticas de subvención de terminales destinadas a la fidelización de las políticas de subvención de terminales destinadas a nuevas altas, siendo estas últimas las únicas que se reconocen a efectos de considerar su coste.

A modo ilustrativo de la diferencia en cuanto a la intensidad de la política comercial de los distintos operadores, Euskaltel no ofrece el terminal *Iphone 4* o el terminal *Samsung Galaxy Mini* como terminales subvencionados para clientes que únicamente tienen o quieren contratar el servicio móvil, sin embargo tanto Vodafone como TME y Orange²⁹ ofrecen dichos terminales subvencionados cuando se contrata únicamente el servicio telefónico móvil³⁰.

Por tanto, se entiende, tal como se señaló en la Resolución, que para Euskaltel no sería necesario reconocer un coste diferencial puesto que el precio minorista de los SMS convencionales ya incluye una parte importante destinada a la recuperación de los costes ligados a la subvención de los terminales, ya encontrándose, por lo tanto, este concepto remunerado razonablemente.

3. Diferencias entre los precios fijados en la Resolución y los precios ofertados por los operadores con anterioridad a ésta.

Finalmente, en relación con los precios mayoristas fijados en la Resolución de 17 de marzo de 2011 para los distintos operadores de acceso, Alterna plantea que las cuantías fijadas en el caso de FTE y de Xfera son incoherentes porque, realizando una comparativa con los precios ofrecidos por ambas con anterioridad al inicio del conflicto, los fijados por la Comisión son superiores a los ofrecidos por estos dos operadores definidos de conformidad con el sistema tarifario anterior (*revenue sharing*) y, en el caso de FTE, también al ofrecido de acuerdo a los nuevos parámetros establecidos por la Resolución de 22 de julio de 2010.

Por lo que se refiere a la comparación de los precios unitarios por servicio establecidos para FTE y Xfera en la Resolución impugnada, de acuerdo a un sistema de tarifa fija, con los precios ofrecidos con anterioridad, de acuerdo al modelo tarifario anterior (*revenue sharing*), es preciso reseñar que, efectivamente, el establecimiento de un precio unitario puede resultar en algunos escenarios más gravoso que el resultante del sistema *revenue sharing*, pero ha de aceptarse que este es un efecto inevitable que se deriva del propio sistema aplicado. Es decir, un sistema de estructura tarifaria fija permite que cuando el precio del mensaje es bajo, el importe que percibe el operador de red también lo es, pudiendo incluso estar por debajo de los costes. Sin embargo, cuando el precio del servicio es elevado también lo es el precio que percibe el operador de acceso, compensando de este modo la posible merma de beneficios que le supone al operador el escenario de precios bajos.

²⁸ El subrayado es añadido.

²⁹ Orange en la actualidad aún no ofrece el Samsung Galaxy mini, sin embargo ofrece el Samsung Galaxy S II, terminal que también es subvencionado por Vodafone y TME y, en cambio, no es ofrecido por Euskaltel.

³⁰ Información obtenida de las páginas web de los distintos operadores.



Un precio fijo, modelo tarifario solicitado por Alterna, conlleva indefectiblemente que, en escenarios de precios bajos, el resultado pueda ser peor que con el modelo de *revenue sharing*, situación que se invierte cuando el precio del mensaje aumenta (por ejemplo, ante una modificación del precio máximo de los mensajes sin opt-in).

La comparación directa y simplificada de los precios resultantes de uno y otro modelo no resulta adecuada puesto que para definir el precio conforme al modelo de *revenue sharing* los operadores toman en cuenta distintas variables (como por ejemplo, cobrar un importe fijo de base, establecer un número mínimo de mensajes no remunerados, fijar el porcentaje en función del número de mensajes/mes) que hacen más difícil el cálculo del precio por mensaje.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, tanto la apertura de un procedimiento de resolución de conflictos como la decisión adoptada por esta Comisión, recogen la demanda de la propia recurrente de imponer a los operadores de acceso la fijación de los precios de forma distinta a como lo venían haciendo y, en concreto, mediante una estructura de precio fijo. Alterna solicitó expresamente a esta Comisión su intervención para el establecimiento de un sistema tarifario diferente al que se ha venido aplicando en el sector, planteando como objeto del conflicto la modificación del modelo o sistema de fijación de los precios y no la modificación de los precios en sí, resolviendo esta Comisión en el sentido solicitado.

Si fue la propia recurrente la que rechazó las ofertas realizadas por estos dos operadores de acuerdo al modelo *revenue sharing* porque consideró que no se adecuaban a sus intereses, insistiendo en optar por un modelo tarifario de precio fijo, no puede tener ahora favorable acogida su alegación de que eran mejores los precios de las ofertas rechazadas. No se justifica, por tanto, la revisión del acto impugnado en el sentido solicitado por Alterna puesto que la decisión adoptada inicialmente acogía en su totalidad lo demandado por Alterna al plantear el conflicto, es decir, la modificación del sistema de definición de los precios, y la Resolución de 17 de marzo de 2011 no hace sino concretar, llevar a efecto, esa primera decisión.

Alterna plantea una segunda comparación por la que entiende que el precio fijado para FTE es incoherente y debería modificarse. FTE ofreció a Alterna una vez iniciado el segundo conflicto³¹ (en diciembre de 2010) unos precios unitarios establecidos de acuerdo al nuevo sistema de tarifa fija que, en algunos escenarios (los mensajes de precio más bajo, según se refleja del documento enviado por FTE a Alterna reproducido en la página 44 del recurso de ésta última), son inferiores a los finalmente fijados para este operador por la Resolución de 17 de marzo de 2011.

En resumen, la Resolución de 22 de julio de 2010 impuso la obligación a los operadores de acceso de ofrecer unos precios "*transparentes y proporcionales a los servicios consumidos*" cuya cuantía no superara la suma de una serie de elementos o componentes definidos en el apartado II.6 de la Resolución, dando un plazo a las partes para llegar a un acuerdo sobre las cuantías concretas.

El día 13 de octubre de 2010, una vez finalizado el citado plazo sin haber alcanzado ningún acuerdo, Alterna interpuso ante esta Comisión un nuevo conflicto, que finalizó con la Resolución ahora recurrida, en el que plantea que los precios que le habían ofrecido los operadores no se ajustaban a los requisitos impuestos y proponía otros precios. En el caso

³¹ Conflicto planteado por Alterna tras la Resolución de 22 de julio de 2010 por entender que no se había cumplido lo establecido en la misma, es decir, la oferta de unos precios de estructura fija (precios unitarios por servicio) que, en cuanto a su cuantía, cumplieran los criterios definidos en la propia Resolución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concreto de FTE, esta Comisión ha tenido constancia de la existencia, como mínimo, de dos ofertas, una en el mes de septiembre de 2010, inmediatamente anterior al inicio del conflicto, y otra en el mes de diciembre de 2010, ya iniciado éste, sin que ninguna de ellas concluyera en un acuerdo sobre los precios.

Ante la solicitud de intervención a la Comisión para la resolución de un conflicto de acceso y la constatada falta de acuerdo entre las partes en la determinación de unos precios *“transparentes y proporcionales a los servicios consumidos”* definidos conforme a los parámetros de la Resolución de 22 de julio citada³², esta Comisión procedió a determinar estas cantidades de forma objetiva y sin otros condicionantes que los criterios definidos en la Resolución de 22 de julio de 2010 en relación con los elementos que podían componer el precio, los datos de costes asociados al servicio aportados por los operadores y el análisis de cuáles de ellos suponían un coste diferencial respecto a un SMS convencional.

Es evidente que la definición de los precios por parte de un tercero (esta Comisión), que interviene para mediar en un conflicto, y la realizada por los distintos operadores en el marco de la libre negociación comercial responden a parámetros, condicionantes y variables distintas y por ello no pueden tener un mismo resultado. En el segundo caso van a influir factores subjetivos (comerciales, de oportunidad, etc.) que esta Comisión no puede reflejar, limitándose a fijar unas cuantías que vengan respaldadas por criterios económicos y técnicos objetivos.

El precio unitario ofrecido por FTE en el marco de una negociación comercial no es comparable al fijado por esta Comisión, puesto que al estar el primero de ellos incluido en el marco de una negociación comercial global sobre la prestación de servicios mayoristas de conexión a las redes de los operadores móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, existen muchos aspectos dentro de esa negociación, como pueden ser los descuentos por volumen, la tipología de mensajes, o la realización o no de determinadas inversiones en plataformas o desarrollos específicos por cada una de las partes, que pueden tener una influencia directa o indirecta en el precio unitario final y que sin embargo esta Comisión no puede tener en cuenta en su análisis.

El resultado obtenido por esta Comisión fijado en la Resolución de 17 de marzo de 2011 es fruto de la toma en consideración de elementos exclusivamente objetivos, en particular los datos de costes de los operadores de acceso que, a juicio de la Comisión, deben ser recuperados vía precios mayoristas, y de la aplicación de la metodología de cálculo de costes mayoristas del sistema de contabilidad regulatoria que rige para los tres operadores de acceso sujetos a esta obligación.

En conclusión, la intervención de esta Comisión en el procedimiento MTZ 2010/1986 tenía por objeto determinar las cuantías concretas una vez que las partes no habían conseguido llegar a un acuerdo (no olvidemos que Alterna no aceptó los precios ofrecidos y las condiciones asociadas a los mismos), y para ello tuvo que resolver sobre la base de elementos objetivos y de la aplicación de un criterio o metodología común a los tres operadores móviles de red. El resultado de aplicar ese modelo común para fijar el precio a los tres operadores es el que resultó en la Resolución.

³² Como señala la Resolución recurrida, *“la concreta ejecución de lo dispuesto [en la Resolución de 22 de julio de 2010] se dejaba a las partes para que, en base a los criterios fijados”,* establecieran los precios y firmaran los correspondientes acuerdos. El objeto de la intervención en este caso era precisamente esa concreta ejecución.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, debe desestimarse la alegación de modificación del precio fijado a FTE en la Resolución, sin perjuicio de que las partes siempre tienen la opción de negociar y acordar la aplicación de otras tarifas que les resulten más beneficiosas.

Finalmente, ha de señalarse que durante el análisis del presente recurso de reposición esta Comisión ha tenido conocimiento de una serie de acuerdos alcanzados en materia de precios entre Operadores de Red y Operadores de servicios Premium. Los precios acordados resultan inferiores a los fijados por la CMT en su Resolución de 17 de marzo de 2011, al establecer los precios máximos por SMS Premium.

A este respecto, esta Comisión permanecerá vigilante ante posibles situaciones de discriminaciones no justificadas que pudieran darse.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades Alternativa Project Marketing, S.L., Vodafone España, S.A.U. y Euskaltel, S.A. contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 17 de marzo de 2011, por la que se resolvía el conflicto de acceso presentado por la primera frente a diversos operadores móviles en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre precios para la conexión a redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (MTZ 2010/1986).

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 48.12 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES
