

RESOLUCIÓN (EXPTE. R 0065/10, ALTERNA)

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 28 de abril de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente R/0065/10, ALTERNA por la que se resuelve la pieza separada de recurso interpuesto por ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 14 de febrero de 2011 denegando a esta empresa la condición de interesado en el expediente *S/0248/10 Mensajes cortos*.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. (ALTERNA) ante el Consejo de la CNC en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra el Acuerdo de la DI de 14 de febrero de 2011 denegando a ALTERNA la condición de interesado en el expediente S/0248/10 Mensajes cortos, que fue incoado por la DI el 17 de enero de 2011.
2. El 1 de marzo de 2011 la DI emitió el informe previsto en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto de 261/2008, de 22 de febrero (RDC) en el que pone de manifiesto que el recurso se ha interpuesto en forma y plazo y proponiendo su desestimación de manera argumentada.
3. El 3 de marzo de 2011 ALTERNA remite un escrito de alegación complementaria y aclaratoria de su anterior escrito de 25 de febrero de 2011.
4. El 9 de marzo de 2011 se dictó acuerdo de admisión a trámite del expediente de recurso en el Consejo de la CNC, por el que de acuerdo con el apartado 3 del

artículo 47 se pone de manifiesto a las partes el expediente y trámite de alegaciones.

5. El 23 de marzo de 2011 se recibió escrito de alegaciones de ALTERNA en el que, además de complementar sus argumentos, pone de manifiesto que el informe de la DI no tiene en cuenta su escrito de alegaciones de 3 de marzo de 2011 ni la nueva información que en el aporta por ser dicho informe anterior al escrito de ALTERNA.
6. Por otra parte, al tiempo de presentarse las alegaciones en este expediente la CMT hizo pública la Resolución relativa al conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre precios sobre servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (MTZ 2010/1986). En esta Resolución la CMT fija criterios para fijar la remuneración de los servicios mayoristas de originación y terminación para los SMS Premium. Estos criterios incluirían algunas variables como el precio de terminación de las llamadas, que sí podrían ser susceptibles de ser objeto de análisis en el expediente que instruye la DI.
7. En vista de todo lo anterior el Consejo de la CNC solicitó a la DI que emitiera un nuevo informe complementario del anterior a la vista de estas nuevas informaciones (la nueva información mandada por ALTERNA y la resolución publicada por la CMT) de manera que el Consejo pueda pronunciarse sobre el recurso conociendo la opinión de la DI al respecto.
8. Dicho informe tuvo entrada en el Consejo el 5 de abril de 2011 y fue puesto de manifiesto ante ALTERNA para que alegara lo que estimara conveniente en derecho. Las alegaciones de ALTERNA han tenido entrada en el Consejo el 12 de abril de 2011.
9. El Consejo deliberó y adoptó este Acuerdo en su reunión de 27 de abril de 2011.
10. Es interesada en este expediente de recurso ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 14 de febrero de 2011 denegando a ALTERNA la condición de interesado en el expediente sancionador S/0248/10 *Mensajes cortos*, incoado contra TELEFÓNICA

MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. VODAFONE ESPAÑA S.A.U. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación disponiendo que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

De acuerdo con ALTERNA, el acuerdo de incoación del expediente S/0248/10 *Mensajes cortos* hace referencia a los servicios de originación y terminación de mensajes cortos de ámbito nacional (SMS y MMS) y tiene por objeto determinar si los precios de los servicios mayoristas que cobran los operadores de red de telefonía móvil son abusivas. Se trata de servicios mayoristas ofrecidos a terceros operadores para la prestación de servicios minoristas de mensajes cortos a los usuarios de telefonía móvil, tales como operadores de móviles virtuales u operadores con red de acceso propia a los que se les provee de servicios de itinerancia nacional.

A su juicio, el Acuerdo de la DI denegándole la condición de parte interesada se fundamenta en una indebida distinción entre la naturaleza de los servicios mayoristas utilizados por los operadores de servicios SMS Premium y los servicios mayoristas a que hace referencia el expediente considerando, adicionalmente, que ALTERNA solo presta servicios de SMS Premium.

ALTERNA dice estar habilitada en el Registro de Operadores y Servicios de Comunicaciones Electrónicas (Expte 2008/444) para el almacenamiento y reenvío de todo tipo de mensajes cortos de ámbito nacional, ya esté o no sujeto este reenvío al régimen de tarificación adicional. En ello basa su legitimación para ser parte interesada en el expediente de referencia. Cita el recurrente varias sentencias de diferentes TSJ que en su opinión justificarían su pretensión. Recuerda además que en la Resolución de 2 de febrero de 2006 de la CMT por la que se hace aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en redes públicas de telefonía móvil, se identifican los servicios en el mercado sobre la prestación de servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de datos sobre redes móviles *“como aquellos que permitirían a otros operadores suministrar a sus clientes servicios convencionales y avanzados de SMS y MMS con origen en las redes de los operadores móviles así como servicios de acceso a internet móvil”*. Según ALTERNA, los servicios que se analizan en el expediente coinciden con los considerados en el mercado 15 de los analizados por la CMT, en los que a su vez supuestamente encajan los de ALTERNA, que estaría afectada por los mismos precios y condiciones que los OMV. Aporta contrato y facturas que prueban el tipo de servicios que contrata con los operadores de red.

Por último, en sus alegaciones de 12 de abril de 2011 ALTERNA pone de manifiesto que la Resolución de la CMT de 17 de marzo de 2011 viene a resolver el conflicto planteado por mi representada frente a Telefónica Móviles de 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 de servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. En dicha Resolución la CMT obliga a los cinco operadores a prestar servicios mayoristas de conexión a ALTERNA y ha fijado un precio que toma como uno de los elementos que lo integran el precio de los mensajes cortos (precio nominal minorista y precio mayorista del servicio de terminación), que vendrían a analizarse en el expediente incoado por la DI. Ello acredita, en opinión de ALTERNA, su condición de interesado en dicho expediente. La Resolución de la CMT pone de manifiesto que a ALTERNA, en las tarifas que le son aplicadas por los operadores en la prestación de los servicios de tarificación adicional, le afecta de forma directa e inmediata la fijación de precios que se determine en el expediente, lo que determina su condición de interesado de acuerdo con los criterios de la Ley 30/1992.

SEGUNDO. La Dirección de Investigación en los dos informes que ha emitido considera que procede desestimar el recurso presentado.

La Dirección de Investigación razona detalladamente en sus informes las razones por las que puede afirmarse que los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos convencionales, difieren de los servicios mayoristas para la prestación de servicios SMS Premium. Manifiesta además que el propio conflicto planteado por ALTERNA ante la CMT y la resolución *ad hoc* que este órgano ha tenido que darle dejan patentes que se trata de servicios diferente. A este respecto, contestando a las alegaciones de ALTERNA, la DI recuerda que el análisis del mercado 15 *“se incluían también Servicios mayoristas de acceso a las redes públicas de comunicaciones móviles, Servicios mayoristas de interconexión de originación de tráfico de voz y servicios de itinerancia (roaming) nacional. En cuanto a los mensajes cortos, se diferencian servicios convencionales y avanzados. ALTERNA en su condición de servicios avanzados de SMS y MMS no adquiere automáticamente la condición de prestador de servicios convencionales de mensajes cortos, como tampoco la de proveedor del resto de servicios incluidos dentro del análisis de la CMT del mercado 15 como por ejemplo, el de originación de llamadas de voz móvil”*.

De hecho, en resoluciones previas del Consejo de la CNC (S/0137/09 y S/0140/09) ya se ha analizado la provisión de servicios mayoristas para los operadores de tarificación adicional, habiéndose identificado como mercado de referencia el *“mercado mayorista de servicios de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional”*.

La DI recuerda que el expediente S/0248/10 ha sido iniciado por ella de oficio y que, por tanto, es la mejor posicionada para saber qué aspectos aborda. Insiste en que dicho expediente no va a entrar a examinar la compatibilidad con la normativa de competencia de las condiciones prestación de los servicios mayoristas a operadores SMS Premium que aplican los TELEFONICA, VODAFONE y ORANGE. Por ello, los intereses legítimos de los operadores de *SMS premium* no se ven directa e inmediatamente afectados por la resolución del expediente de referencia.

La reciente Resolución de la CMT no desacredita esta conclusión. En primer lugar, dicha resolución da respuesta a un conflicto concreto, no está regulando los precios de los servicios SMS Premium. En todo caso, dicha resolución marca una pauta de precios a futuro, mientras que el expediente incoado analiza los precios que se han aplicado en el pasado. Debe tenerse muy presente que esos momentos en el negocio de los SMS *premium* la retribución a los operadores de red de se producía en base al método del *revenue sharing*, sin relación directa o indirecta alguna con los precios mayoristas de los mensajes cortos convencionales.

ALTERNA no ha acreditado en sus alegaciones complementarias su condición de usuario de servicios mayoristas de originación y terminación de mensajes cortos convencionales, ni de operador con capacidad para proporcionar servicios minoristas de mensajes cortos para usuarios finales en el mercado minorista descendente.

La información aportada por ALTERNA evidencia que ofrece servicios SMS/MMS/WAP *push*. La DI ofrece las razones por las que los servicios de mensajes cortos *push* presentan notables similitudes con los servicios de mensajes cortos Premium en cuanto los agentes implicados, los modelos de negocio y los medios tecnológicos.

En definitiva, procede desestimar el recurso porque ALTERNA no ha acreditado su interés legítimo en el expediente incoado.

TERCERO. El artículo 31.1 de la Ley 30/1992 establece que “se consideran interesados en el procedimiento administrativo.

“A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

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

Los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos convencionales difieren de los servicios mayoristas para la prestación de servicios SMS Premium. Así lo ha considerado este Consejo en resoluciones precedentes antes citadas (S/0137/09 y S/0140/09). Hasta la fecha, el método de retribución al operador de red en el caso de la prestación de servicios SMS Premium basado en el *revenue sharing* ha reforzado esta diferenciación.

ALTERNA no ha acreditado que preste servicios de mensajes cortos convencionales ni que tenga intención de hacerlo.

Por otro lado, según el propio órgano instructor manifiesta, la compatibilidad con la normativa de competencia de las condiciones prestación de los servicios mayoristas a operadores SMS Premium está fuera del objeto del expediente sancionador incoado. El hecho de que se haya producido una resolución de la CMT dando respuesta a un conflicto concreto entre ALTERNA y los operadores de red no altera esta conclusión, incluso en la eventualidad de que se acepte que tal Resolución marca una pauta para la fijación de precios prestación de los servicios mayoristas a operadores SMS Premium que se ve influenciada por variables de precio que se analizan en el expediente sancionador incoado por la CNC. Primero, porque lo que se investiga en dicho expediente sancionador son los precios fijados por los operadores en el pasado, que no son los que se van a tener en cuenta para la fijación de precios prestación de los servicios mayoristas a operadores SMS Premium de acuerdo con las pautas ofrecidas en la Resolución CMT. Segundo, porque en ningún caso puede interpretarse que la finalidad de un expediente sancionador por infracción del artículo 2 de la LDC sea la regulación de un determinado nivel de precios.

En vista de todo ello, no resulta acreditado que ALTERNA tenga derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que se adopte ni debe interpretarse que su interés legítimo se vea afectado por la misma. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de noviembre de 2007 ha dicho que *“el reconocimiento de que los recurrentes son titulares de un interés legítimo a efectos de admitir su legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo no debe llevar a la errónea conclusión de que también ostentan la condición de legal de interesadas a efectos administrativos”*. Como la AN citando esta Sentencia del TS también ha señalado, *“La interpretación más favorable al derecho que de la legitimación impone el art. 24.1 de la Constitución no es aplicable directamente en el procedimiento administrativo al vincularse a la tutela judicial. Es por esto que la Administración no está sometida como los Jueces y Tribunales a la obligación de interpretar de manera amplia el derecho a la intervención de los administrados en el procedimiento administrativo ... (SAN 20 de enero de 2011 en el recurso 168/2010).*

Por todo ello, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 14 de febrero de 2011 denegando a esta empresa la condición de interesado en el expediente S/0248/10 Mensajes cortos.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.