

**RESOLUCIÓN
(EXPTE. R 0066/11, AVA)**

Consejo

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^{ña}. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado esta Resolución en el expediente R/0066/11, AVA por la que se resuelve el recurso interpuesto por ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO EN LAS TELECOMUNICACIONES (AVA) contra la Resolución de la Directora de Investigación de la CNC de 14 de febrero de 2011 denegando a AVA la condición de interesado en el expediente *S/0248/10 Mensajes Cortos*.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 17 de enero de 2011, la Directora de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador S/0248/10 Mensajes Cortos, contra diferentes empresas telefónicas por posibles prácticas de abuso de posición de dominio contrarias al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
2. Con fecha 2 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de la representación de AVA en la que solicita la personación en el expediente de referencia con base en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) alegando que posee interés legítimo por representar a operadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos sujetos a tarificación adicional.
3. Por acuerdo de la Directora de Investigación de fecha 14 de febrero de 2011 se deniega a AVA la condición de interesada en el expediente S/0248/10, señalando que el interés legítimo alegado no podría verse afectado por la resolución que el Consejo de la CNC dicte en relación con dicho expediente.

4. Con fecha 28 de febrero de 2011 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por AVA el 25 de febrero de 2011 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 que deniega a AVA la condición de interesado en el expediente S/0248/10 Mensajes cortos.
5. 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.
6. 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.
7. El 1 de abril de 2011, se recibió en la CNC escrito de alegaciones de AVA reiterando la petición de ser considerada interesada y argumentando que la resolución que dicte la CNC en relación al expediente de referencia afectará al precio ofertado por los mayoristas de mensajes, lo que afectará directamente a los operadores asociados en AVA pues podrán negociar con los Operadores Móviles Virtuales mejores condiciones en relación con los mensajes SMS/MMS y, en consecuencia, mejorar su margen comercial.

Por otra parte, hay que señalar que la CMT hizo pública la Resolución de 22 de junio de 2010 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. 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.

8. El Consejo deliberó y adoptó este Acuerdo en su reunión de 11 de mayo de 2011.
9. Es interesada en este expediente de recurso ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO EN LAS TELECOMUNICACIONES (AVA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 AVA 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 AVA, 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.

AVA motiva su recurso en que el expediente S/0248/10 afecta a los intereses de sus asociados porque la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) ha resuelto el 22 de julio de 2010 un expediente, con el número MTZ 2010/1986, en el que establece precios unitarios por determinados servicios de comunicaciones electrónicas que los operadores de red móvil prestan a los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, siendo AVA interesada en dicho expediente.

A juicio de AVA, 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 los asociados en AVA solo prestan servicios de SMS Premium, de tarificación adicional.

AVA considera que desde el punto de vista subjetivo existe identidad entre las partes del expediente de la CMT (MTZ 2010/1986) y el expediente de la CNC (S/0248/10), puesto que se trata de los mismos operadores de red móvil y los asociados de AVA son *“operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, inscritos en el Registro Público de la CMT con numeración asignada para la prestación de los servicios basados en el envío de mensajes sujetos a tarificación adicional a los que se refiere la Orden ITC/308/2008 de 31 de enero”*.

Así mismo AVA estima que desde el punto de vista objetivo, su interés y el de sus asociados resulta evidente por tratarse de los precios mayoristas que

imponen los operadores de red móvil en el ámbito de los servicios SMS/MMS, señalando que en los servicios de tarificación adicional *“la componente del precio unitario que el operador de red móvil cobra al usuario por la prestación de los servicios, se desglosa de la siguiente forma: una parte del precio se corresponde con el “servicio soporte” y la otra parte la tarificación adicional. El servicio soporte lo reciben los operadores de red móvil objeto de investigación a un precio, como máximo al precio del mensaje minorista, o también denominado por la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero (BOE 13 de febrero de 2008),” precio del servicio general de mensajes entre usuarios finales*”. Es precisamente la parte del precio del servicio general de mensajes o servicio soporte que detraen los operadores de red móvil, donde radica el interés de AVA puesto que *“cuanto más bajo sea este precio, mayor retribución podrán percibir los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, es decir los asociados a AVA”,* pues mejora su margen comercial por lo que podrán negociar mejores condiciones económicas en relación con los precios de SMS/MMS, mejorando los precios que ofrecen a sus clientes y pudiendo realizar más inversiones.

Además AVA considera que la Resolución recurrida vulnera el artículo 31 LRJ-PAC en relación con el artículo 37 de la misma Ley pues el interés legítimo consiste en que con el ejercicio de la acción se pueda obtener un beneficio, que comenzó siendo económico pero que la Jurisprudencia ha ido ampliando con el límite del mero interés por la legalidad.

La Dirección de Investigación considera en el informe que ha emitido, que procede desestimar el recurso presentado.

La Dirección de Investigación razona detalladamente en su informe 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 la Resolución *ad hoc* de la CMT de 22 de junio de 2010 pone de relieve que se trata de servicios diferentes.

A este respecto, contestando a las alegaciones de AVA, la Dirección de Investigación señala que *“la resolución impugnada acredita que el expediente de referencia incoado tiene por objeto determinar si los precios de los servicios mayoristas de originación y de terminación de mensajes cortos SMS y MMS convencionales de ámbito nacional aplicados por los tres operadores objeto del expediente (TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE), en sus redes de telefonía móvil, son abusivas conforme a lo previsto en el artículo 2 LDC y 102 del TFUE.*

A su vez, el expediente S/0248/10 va a examinar cuáles son los efectos que tienen las conductas investigadas en los servicios minoristas de mensajes cortos SMS y MMS convencionales de ámbito nacional, en particular, los efectos que tienen sobre las condiciones de prestación de estos servicios minoristas a los consumidores finales, los abonados.

De lo anterior se deduce claramente que el expediente S/0248/10 no va entrar a examinar la compatibilidad con la normativa de competencia de las condiciones de prestación de los servicios mayoristas a operadores de SMS Premium que aplican TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

Por estos motivos, es evidente que los intereses legítimos de los operadores de SMS Premium no vienen directa e inmediatamente afectados por la resolución del expediente de referencia”.

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 operadores 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 Resolución citada previamente 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 en 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.

AVA 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.

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

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). En la etapa objeto de análisis en el expediente incoado por la DI, el método de retribución al operador de red basado en el *revenue sharing* ha reforzado esta diferenciación.

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. Por otro lado, AVA no ha acreditado que preste servicios de mensajes cortos convencionales ni que tenga intención de hacerlo.

En vista de todo ello, no resulta acreditado que AVA 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 ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO EN LAS TELECOMUNICACIONES (AVA) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 14 de febrero de 2011 denegando a esta asociación 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.