



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 27/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución por la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. contra la Resolución, de fecha 4 de marzo de 2010, sobre la denuncia planteada por esta última entidad contra BT España Compañía de servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas (AJ 2010/608).

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Denuncia de France Telecom España S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U.

Con fecha 23 de abril de 2009 tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante esta Comisión) escrito de France Telecom España S.A. (en adelante Orange) mediante el que procedía a denunciar el uso que realiza BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante BT) de cierta numeración móvil.

En particular, Orange ponía de manifiesto que BT estaba utilizando numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas, cuando la regulación sectorial establece que dicha numeración está reservada para la prestación de servicios de comunicaciones móviles.

A juicio de la denunciante, este uso conlleva la obtención por parte de BT de unos ingresos de interconexión de forma irregular, ya que están basados en los costes de terminación en una red móvil cuando realmente esa comunicación móvil no se produce al utilizar el número móvil de forma meramente instrumental para redirigir la llamada hacia destinos internacionales. De esta forma, BT se estaría beneficiando indebidamente de la obtención de unos ingresos de interconexión muy superiores a los que obtendría por el servicio que realmente presta (terminación en red fija), que utiliza para financiar la prestación de otros



servicios que nada tienen que ver con las comunicaciones móviles a unos precios con los que el resto de operadores no pueden competir.

Segundo.- Resolución de 4 de marzo de 2010 sobre la denuncia planteada por Orange contra BT en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas.

Como consecuencia de la citada denuncia, esta Comisión procedió a la apertura del correspondiente expediente administrativo para su resolución, que se tramitó bajo la referencia DT 2009/675, al que puso fin la Resolución del Consejo, de fecha 4 de marzo de 2010, sobre la denuncia planteada por France Telecom España S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas.

La citada Resolución concluye lo siguiente:

“Del análisis realizado se concluye que el servicio prestado por BT mediante la numeración móvil objeto de la denuncia no se corresponde con un servicio de comunicaciones móviles en el sentido estricto, ya que no se presta mediante puntos de terminación de red móviles. No obstante, existen otras tipologías de servicios que en la actualidad se están prestando y que también utilizan numeración móvil sin que existan puntos de terminación de red móviles. Por tanto, esta Comisión ha analizado de forma complementaria tanto los impactos a nivel de interconexión que este tipo de servicios provoca, como su impacto en la competencia y en los consumidores.

En relación con el impacto a nivel de interconexión se concluye que aunque el servicio ofertado se basa en un arbitraje fruto de los distintos precios de terminación actualmente existentes, este hecho no es, en sí mismo, una práctica que deba reputarse automáticamente contraria a la regulación existente. (.....)

En cuanto a su impacto en la competencia y en los consumidores, el servicio analizado permite la irrupción de nuevos operadores que compitan en el nicho de mercado de las llamadas internacionales realizadas a través de líneas telefónicas móviles. Este hecho comporta un mayor nivel de competencia en un segmento que según los datos actuales presenta un precio medio por minuto muy superior al precio medio por minuto en el ámbito de las redes fijas.

En consecuencia, se considera adecuado el uso de la numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas considerado en el presente procedimiento.”

Y finalmente resuelve lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar, en el contexto del presente procedimiento, acorde a la legislación actual el empleo de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de reencaminamiento de tráfico internacional.”

Tercero.- Recurso de reposición interpuesto por Orange.

Con fecha 9 de abril de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Orange, por el que se interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 4 de marzo de 2010 a la que se refiere el antecedente anterior.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente solicita la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida al amparo del artículo 62, apartados 1 a) y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que fundamenta en los siguientes motivos:

1. Nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.2 de la LRJPAC por “*vulneración de preceptos del ordenamiento jurídico de rango superior*”.

Orange entiende que la Resolución recurrida y, en particular, la decisión de declarar ajustado a Derecho el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas, infringe el marco jurídico vigente en los siguientes aspectos:

- 1.1. Vulneración de la normativa sectorial relativa al uso de la numeración.

El uso de la numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas supone una clara vulneración del régimen jurídico del uso de recursos públicos de numeración, esto es, de las condiciones que el artículo 59 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de mercados) establece para la utilización de estos recursos, ya que no es utilizada para prestar servicios de comunicaciones móviles, ni permite la identificación de usuarios o terminales de red móvil, ni la identificación del servicio y el precio del mismo.

Entiende asimismo Orange que la equiparación que hace la Resolución recurrida de este supuesto con el uso de la numeración geográfica analizado en el expediente DT 2006/733 (servicio “Wireless Office” de Vodafone) no es válida y no puede servir como precedente.

- 1.2. Vulneración de la normativa sectorial relativa a los servicios de terminación de llamadas en red móvil.

El uso de numeración móvil autorizado por la Resolución recurrida vulnera la regulación sectorial relativa al servicio de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (Resolución por la que se define y analiza el mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, en adelante Resolución del Mercado 7¹), que establece una serie de obligaciones a los operadores con poder significativo del mercado, principalmente en lo relativo a los precios que pueden cobrar para cubrir los costes imputables a dicho servicio. En este caso, BT se acoge al citado marco regulatorio y a la aplicación de unos precios regulados cuando en realidad no está prestando tal servicio.

A estos efectos, Orange solicita que se prohíba el uso de numeración móvil para el tipo de servicio denunciado o bien que se obligue a los operadores que lo realizan

¹ Resolución, de fecha 18 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y Resolución, de fecha 29 de julio de 2009, por la que se aprueba la determinación de un Glide Path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a cobrar los precios de terminación de llamadas en red fija (muy inferior al de terminación en red móvil).

1.3. Vulneración de normativa de ámbito general.

El uso de numeración móvil para prestar el servicio de llamadas internacionales denunciado tiene por objeto destinar los ingresos obtenidos por el servicio de terminación en red móvil para “subvencionar” la prestación de otros servicios (tarjetas de llamadas internacionales) que no guardan relación alguna con el servicio de telefonía móvil. Amparándose en la regulación sectorial, se pretende alcanzar un fin no contemplado por la misma, ya que la regulación de precios por terminación móvil no tiene por finalidad la posterior retribución de otros servicios, como en este caso los de terminación en un acceso a servicios de reventa de tráfico internacional, incurriendo por tanto en una conducta que podría calificarse como fraude de ley en el sentido de lo dispuesto por el artículo 6 del Código Civil.

2. Nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC por lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional a través de la discriminación entre operadores.

Según la recurrente, lo acordado por esta Comisión en la Resolución recurrida supone una vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, especialmente por dos cuestiones contenidas en la misma:

- Por no haberse llevado a cabo el análisis de impacto del servicio en la competencia que sí se realizó y se tuvo en cuenta en anteriores expedientes. Según la recurrente, esta Comisión ha resuelto en sentido muy distinto al de expedientes anteriores relativos a servicios de Orange (citando en particular el procedimiento AEM 2004/1326 sobre “Tarjeta internacional AMENA” y el procedimiento AEM 2008/505 sobre el producto “Llama a tu país”). En ambos casos, la Comisión analizó el producto denunciado y adoptó su decisión desde el punto de vista del impacto que tenía en los competidores, sin prestar atención al beneficio que el producto podía reportar a los consumidores, principal motivo tenido en cuenta en este caso para autorizar la práctica.
- Por avalar la utilización que da BT a los ingresos percibidos por el servicio de terminación de llamadas en red móvil. BT obtiene por terminación móvil unos ingresos mucho mayores que los costes en los que incurre, a diferencia del resto de operadores cuyos márgenes costes-ingresos no les permiten efectuar otras transacciones comerciales o arbitrajes. El margen obtenido en la interconexión permite a BT financiar íntegramente otros servicios que nada tienen que ver con el teóricamente retribuido.

Cuarto.- Recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 15 de abril de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un segundo escrito presentado en nombre y representación de la entidad Vodafone España, S.A.U. (en adelante Vodafone), por el que se interponía recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución de 4 de marzo de 2010.

En virtud de lo establecido en el artículo 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), en atención al principio de economía procesal y dada la



identidad sustancial e íntima conexión del acto contra el que se dirigen los dos recursos, se acordó la tramitación acumulada de los mismos en un único expediente con la referencia AJ 2010/608.

La recurrente fundamenta su pretensión en la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada al amparo del artículo 62.1, letras a) y f), de la LRJPAC, por falta de motivación, indefensión, dictar el acto administrativo apartándose de criterios previamente establecidos y extralimitándose de las funciones atribuidas, y por infracción del ordenamiento jurídico en relación con los artículos 48 y 3 a) de la LGTel, 38 del Reglamento de Mercados y 7 del Código Civil.

Vodafone justifica su solicitud de nulidad sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. La Resolución recurrida autoriza un uso indebido de la numeración.

Si, tal como señala la normativa reguladora, la numeración ha de permitir identificar el tipo de servicio prestado y el precio de la llamada, es evidente que en el supuesto de uso de numeración móvil analizado no tienen lugar ninguna de esas dos condiciones, por lo que no puede considerarse un uso acorde al marco jurídico vigente.

La Comisión fundamenta principalmente la autorización del servicio en la similitud que presenta con el caso Wireless Office, que le sirve de precedente en cuanto a la adopción de una visión prospectiva del uso de la numeración. Sin embargo, a juicio de Vodafone, por un lado, dicha argumentación adolece de falta de motivación, por otro lado, el hecho de que haya precedentes que avalen usos contrarios a la regulación en ningún caso puede legitimar dichos usos y, por último, ni el servicio "Wireless Office" ni otros usos citados en la Resolución pueden compararse con la práctica de BT.

2. La Resolución recurrida autoriza prácticas que vulneran el Derecho Común, en concreto el artículo 7 del Código Civil por amparar prácticas contrarias al principio de buena fe y que suponen abuso de derecho.

Las prácticas de BT y Jazztel constituyen según Vodafone una vulneración del principio de buena fe y un abuso de derecho, ambos previstos en el artículo 7 del Código Civil. Además, entiende que, mediante la Resolución recurrida, esta Comisión está amparando el enriquecimiento injusto de BT al permitirle cobrar en terminación un precio muy superior a los costes de prestación del servicio.

3. La Resolución recurrida, amparando las prácticas irregulares de BT en torno al uso de numeración móvil, generará un claro impacto negativo, tanto en el uso de los recursos públicos de numeración, como en la competencia, ya que la decisión adoptada tendrá el efecto de desincentivar la innovación en la prestación de nuevos servicios, y en los consumidores, que se verán perjudicados por la eliminación de los planes de precios más ventajosos (tarifas planas, ofertas de tráfico gratuito, etc.).

Quinto.- Notificación a los interesados de los recursos de reposición interpuestos y de su acumulación.

Mediante los correspondientes escritos del Secretario de la Comisión, fechados el día 19 de abril de 2010, se informó a los dos recurrentes y a los demás interesados del inicio del procedimiento de tramitación de los recursos potestativos de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.



Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado a todos los interesados de una copia de los escritos de interposición de los recursos presentados por Orange y Vodafone, y se les informó de que disponían de un plazo de diez días para efectuar cuantas alegaciones estimaran convenientes a sus intereses.

Sexto.- Consulta de Orange en relación con la interpretación de la Resolución de 4 de marzo de 2010.

Con fecha 29 de abril de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Orange en el que plantea una consulta sobre la posibilidad de excluir de las tarifas planas u ofertas de tráfico gratuito aquellas redes destino que utilizan numeración móvil para prestar servicios de enrutamiento de tráfico internacional, según la citada entidad *“para evitar errores interpretativos sobre la Resolución de 4 de marzo de 2010”* en relación con la posibilidad de restringir la aplicación de sus planes de tarifas a las numeraciones de acceso a los servicios de llamadas internacionales.

Dicha consulta dio lugar a la apertura del correspondiente procedimiento administrativo, tramitado bajo la referencia MTZ 2010/827, al que puso fin la Resolución del Consejo, de fecha 8 de julio de 2010, que concluye lo siguiente:

“Con el fin de mantener este tipo de servicios [servicios de tráfico internacional que utilizan numeración móvil como numeración de acceso] asegurando a su vez que esquemas tarifarios independientes del tráfico no vean elevados sus costes de forma desproporcionada, se considera consistente con el marco regulador vigente la exclusión de las tarifas planas de las numeraciones de los operadores que cuenten con servicios de acceso a servicios de tarjetas telefónicas en sus redes.”

Séptimo.- Alegaciones a los recursos presentados.

Con fechas 4, 19 y 31 de mayo y 1 de junio de 2010 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión cuatro escritos de las entidades Virtafon, S.L., BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A., Hablamanía, S.L. y Jazz Telecom, S.A.U. respectivamente mediante los que se presentaban alegaciones a los recursos de Orange y Vodafone.

Buena parte de las alegaciones contenidas en los citados escritos coinciden con las ya formuladas en el expediente ahora recurrido (DT 2009/675), por lo que no se abordarán de forma específica en el presente recurso, y todas ellas son contrarias a lo manifestado por las recurrentes en sus recursos.

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 (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.



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 los recurrentes como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de 19 de noviembre de 2009.

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 DT 2009/675 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.

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

Habida cuenta de que los recursos de reposición interpuestos cumplen con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se han presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y que todos ellos se fundamentan en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, por lo que procede su admisión a trámite.

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

Primero.- Sobre el régimen jurídico del uso de recursos públicos de numeración y de los servicios de terminación de llamadas vocales en redes móviles, y las competencias atribuidas por la Ley en esta materia a esta Comisión.

En artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) establece los objetivos y principios de la Ley, y por ende a los que debe ajustarse la propia Comisión en el ejercicio de sus funciones. Entre otros, se contemplan los siguientes:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- a. Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones (.....). Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación.
- b. Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, (.....).
- c. Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, (.....).

Por lo que se refiere a la gestión de los recursos de numeración, direccionamiento y denominación, además del marco común que establecen las Directivas, la LGTel regula en sus artículos 16 a 19 los principios que deben regir la gestión de estos recursos. El desarrollo de estos preceptos se encuentra en el Reglamento de Mercados y su Anexo, que contiene el Plan Nacional de Numeración Telefónica.

Según el artículo 17.1 de la LGTel “*los Planes Nacionales y sus disposiciones de desarrollo designarán los servicios para los que puedan utilizarse los números (...), incluido cualquier requisito relacionado con la prestación de tales servicios*”. En este sentido, el Anexo II del Reglamento de Mercados (Plan Nacional de Numeración Telefónica) establece unos principios y normas generales de uso y atribuye los números de nueve dígitos que empiezan por 6 para servicios de comunicaciones móviles. Así, el Reglamento establece en sus apartados 4 y 7 lo siguiente:

“Apartado 4. Número nacional.

4.4. Los valores del dígito N se atribuyen inicialmente de la siguiente forma:

N= 6. Servicios de comunicaciones móviles.

(.....)

Apartado 7. Rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles.

7.1. El presente plan de numeración atribuye inicialmente el segmento n = 6 al rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles.”

Así como la LGTel sí incluye una definición de las características esenciales del número geográfico (Anexo II 19), no existe una definición de la numeración móvil más allá de clasificarla como números no geográficos (entre los que también se encuentran los números de llamada gratuita y los de tarificación adicional). Por contraposición al número geográfico, los números móviles no van ligados a un punto de terminación de red fijo, sino que se caracterizan por el elemento de la movilidad, pero ha de destacarse que el régimen jurídico del uso de la numeración no contiene ninguna referencia expresa a las notas que caracterizan las comunicaciones móviles (a las que va asociado el uso de numeración móvil) y que necesariamente deberían darse en este tipo de comunicaciones, como el uso de espectro radioeléctrico o la identificación de usuarios móviles, circunstancias ambas citadas por las recurrentes en sus recursos como inherentes al uso de esta numeración.

La legislación citada establece un reparto de competencias en materia de gestión de la numeración resultando distribuidas entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, competente para la elaboración y aprobación de los planes nacionales de numeración, encaminamiento y direccionamiento y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la que se atribuye la gestión y control de los mismos.



El Reglamento de Mercados define el concepto de **gestión** de los recursos públicos de numeración en su artículo 36 como “**su asignación a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, en los términos que en él se especifican**”.

A mayor abundamiento, como ya indicaba la Resolución recurrida, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de marzo de 2009 (RJ\2009\2842) señala que la gestión “*supone algo más que la mera asignación de los números a los operadores, y debe comprender toda actividad que es ejecución del Plan [Nacional de Numeración] o lleve a su realización*”.

En relación con el concepto de **control** de los Planes Nacionales de Numeración, aunque no existe en la normativa sectorial una definición concreta de lo que implica esta función, del artículo 40² del Reglamento de Mercados puede inferirse que este control implica **velar por la adecuada utilización de los recursos de numeración asignados a los operadores**.

Por último, parte del modelo de negocio desarrollado por BT se basa en la prestación de un servicio de terminación de llamadas vocales en redes móviles al dirigirse la llamada del usuario a una serie de números móviles asignados a esta entidad, por lo que la práctica analizada se ve afectada también por la regulación del Mercado 7, esto es, por un lado, la Resolución del Mercado 7 ya citada y, por otro lado, la Resolución de fecha 29 de julio de 2009, por la que se aprueba la determinación de un Glide Path para la fijación de los precios de interconexión de terminación de voz en las redes móviles de los operadores declarados con poder significativo de mercado, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (en adelante, Resolución de precios).

BT, como operador móvil virtual completo, está sujeto a las medidas recogidas en el Anexo 1 de la Resolución del Mercado 7, donde entre otras obligaciones se estableció la de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación. Estos “*precios razonables*” son los indicados en la Resolución de precios, que son, tal como razonan las recurrentes Orange y Vodafone en sus recursos, los mismos que los establecidos para éstas.

Segundo.- Análisis de las causas de nulidad invocadas por los operadores en sus respectivos recursos de reposición.

De conformidad con lo dispuesto en el 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. En el presente caso, las entidades recurrentes basan sus recursos de reposición en la posible concurrencia de varias de las causas de nulidad recogidas en el artículo 62 de la LRJPAC. En concreto, las entidades recurrentes denuncian la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida al amparo del apartado 1 del artículo 62, letras a) y f), y del apartado 2 del mismo artículo, que prevén lo siguiente:

“Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

² Artículo 40. Control de los recursos asignados.

1. El organismo encargado de la gestión de cada plan velará por la adecuada utilización de los recursos asignados a los operadores, de acuerdo con los procedimientos de control que determine el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.



- a) *Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
(.....)
- f) *Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
(.....)
2. *También serán nulas de pleno las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, (.....).”*

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

Para mayor claridad expositiva, las alegaciones se exponen agrupadas en dos apartados, en el primero se analizan las formuladas sobre la base de la nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 a) de la LRJPAC y en el segundo las formuladas sobre la base de la presunta infracción del ordenamiento jurídico (artículo 62.1 f) y 62.2 de la misma Ley).

2.1. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1 a) de la LRJPAC por falta de motivación, indefensión y presunto trato discriminatorio entre operadores, limitando derechos e intereses legítimos.

En los recursos interpuestos por Orange y Vodafone, ambas entidades manifiestan que la Resolución recurrida, y en concreto la decisión de esta Comisión de dar cobertura a la práctica de BT denunciada de utilizar la numeración móvil asignada para acceder a plataformas de llamadas internacionales, ha supuesto una lesión de sus derechos e intereses legítimos por diferentes motivos.

Cabe recordar que, según Orange, la Resolución recurrida vulnera el principio constitucional de igualdad y supone de facto un trato discriminatorio entre operadores en detrimento de la recurrente por dos aspectos del acto recurrido. Por un lado, y como alegación principal, por no haberse realizado en la Resolución recurrida un análisis exhaustivo del servicio desde el punto de vista su afectación a la competencia, tal y como se realizó en supuestos anteriores en relación con servicios de Orange, y no haberse tenido en cuenta este análisis para impedir su comercialización. La Comisión otorga un trato más favorable a BT y otros operadores beneficiados por la Resolución que el otorgado en su día a Orange porque fundamenta el acuerdo adoptado sobre la base de criterios que anteriormente fueron desestimados para supuestos similares, como el impacto positivo que tiene en el consumidor la reducción de los precios de las llamadas internacionales.

Según Orange, *“no se entiende en absoluto la aplicación tan radicalmente distinta de la defensa del consumidor”* que hace la Resolución recurrida, y por tanto, *“la adopción por parte de la CMT de decisiones fundamentadas en criterios totalmente distintos a los empleados con anterioridad supone de facto (...) una clara discriminación negativa en contra de mi representada, vulnerándose con ello el principio de igualdad que nuestra Carta Magna recoge en su artículo 14”*.

Orange compara el presente procedimiento con otros dos anteriores, en concreto el expediente AEM 2004/1326 sobre el producto “Tarjeta Internacional Amena” y el expediente AEM 2008/505, sobre el servicio “Llama a tu país”, en los que se analizaba el impacto en el mercado de diversos productos de Orange, y en los que esta Comisión resolvió no autorizar



su comercialización por entender que afectaban negativamente a los operadores competidores. En el presente caso, sin embargo, se obvia el negativo impacto que tiene la práctica de BT en la competencia dando prioridad al supuesto beneficio que la misma aporta a los consumidores, cuando ni siquiera contempla la LGTel la defensa del consumidor entre las competencias propias de esta Comisión.

Por otro lado, observa un trato discriminatorio en relación con el uso que se permite hacer a BT de los ingresos obtenidos por la terminación móvil, y que el resto de operadores no pueden permitirse. Mientras todos los operadores están sujetos al cobro de un mismo precio de terminación (precios regulados en aplicación de la Resolución del Mercado 7 y Resolución de precios), los costes en que incurre BT por la prestación de dicho servicio son muy inferiores a los de sus competidores al no prestar realmente un servicio de comunicaciones móviles.

Vodafone, por su parte, alega que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 a) porque ha sido adoptada sin la debida motivación, infringiendo por ello el artículo 54.1 c) de la LRJPAC. Según Vodafone, *“la CMT no ha fundamentado debida y correctamente su decisión de considerar lícito el uso que BT realiza de la numeración móvil”*, limitándose su argumentación a comparar un servicio con otro ya analizado anteriormente e indicar que nos encontramos ante casos similares.

Por otro lado, según la recurrente, *“la CMT se ha apartado del criterio previamente establecido en el informe sometido a audiencia sin que ese cambio de criterio haya sido debidamente motivado”*, vulnerándose por ello el artículo 54.1 c) de la LRJPAC. Es decir, el hecho de que el informe de audiencia no sea vinculante para el Consejo, no evita que ésta deba motivar adecuadamente su decisión de no acoger el criterio de los servicios.

Por último, entiende Vodafone que *“la CMT se ha extralimitado en sus funciones al atribuir numeración móvil para el servicio de acceso a plataformas de llamadas internacionales pues la atribución de numeración a servicios corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”*.

En contestación a estas alegaciones, cabe significar lo siguiente:

a) Sobre el presunto trato discriminatorio entre operadores alegado por Orange.

Orange basa su alegación de presunto trato discriminatorio en la comparación de lo actuado por esta Comisión en el expediente DT 2009/675, ahora recurrido, con lo actuado en los expedientes AEM 2004/1326³ y AEM 2008/505⁴.

En relación con este punto, lo primero que debe recordarse es que en los dos casos señalados por Orange el procedimiento se cerró sin sancionar a esta entidad. En el expediente AEM 2004/1326, pese a la adopción de unas medidas cautelares⁵ en las que se

³ Resolución de fecha 18 de mayo de 2006 por la que se declara la caducidad del procedimiento sobre la “Tarjeta internacional” de Retevisión Móvil S.A., cuya apertura tuvo lugar por la denuncia presentada por City Call Telecomunicaciones, S.L. contra esta entidad por la realización de determinadas prácticas anticompetitivas consistentes en la oferta de una tarjeta de pre-pago que permite, por el mismo precio, realizar llamadas telefónicas desde teléfonos móviles Amena, fijos o cabinas telefónicas.

⁴ Resolución, de fecha 31 de julio de 2008, por la que se pone fin al período de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por City Call Telecomunicaciones, S.L. contra France Telecom España, S.A por la comercialización del plan “Llama a tu país”, que la denunciante entiende que supone una estrategia anticompetitiva de compresión de márgenes.

⁵ Mediante Resolución del Consejo, de 3 de febrero de 2005, adoptando medidas cautelares sobre la Tarjeta Internacional de Retevisión Móvil, S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ordenaba la cesación de la distribución comercial del producto, la Resolución por la que se puso fin al procedimiento acuerda *“Declarar caducado el procedimiento relativo a la Tarjeta Internacional de Retevisión Móvil, S.A. (AEM 2004/1326) al no haberse dictado resolución en el plazo legalmente establecido, ordenando el archivo de las actuaciones practicadas, (.....)”*.

En el segundo caso, el expediente AEM 2008/505, el procedimiento se cerró poniendo fin al período de información previa y desestimando en su totalidad las alegaciones del denunciante *“por no haber indicios de incumplimiento por parte de Orange de sus obligaciones como operador con PSM en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil”*. Por tanto, a pesar de la información que efectivamente se requirió a Orange en el curso del procedimiento y del análisis del servicio realizado por esta Comisión, finalmente el procedimiento se resolvió favorablemente para Orange y no se incoó procedimiento sancionador al respecto.

No obstante lo anterior, una vez revisadas las actuaciones de esta Comisión en el expediente AEM 2004/1326, cabe señalar que no se aprecia la adopción de criterios diferentes a los adoptados en el procedimiento que nos ocupa que supongan un trato discriminatorio, más allá de los detalles de cada caso particular y de que el citado expediente se desarrolló en un estadio temporal muy lejano al actual (año 2004-2006), y por tanto, tal como señala la propia Orange, el mercado ha evolucionado significativamente, lo que hace imposible replicar exactamente los planteamientos regulatorios de aquel momento en el momento actual.

Así, la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares sobre la Tarjeta Internacional de Retevisión Móvil, S.A. en el seno del citado expediente, señala lo siguiente (página 15):

“El mercado minorista de reventa de tráfico internacional por medio de tarjetas es altamente competitivo, de manera que la paralización de la tarjeta de AMENA no ocasiona perjuicio mediato o inmediato alguno, a los usuarios que disfrutan, en todo caso, de una amplia variedad de ofertas.

El mantenimiento de la tarjeta en el mercado, por el contrario, es susceptible de expulsar del mismo a operadores hoy activos y, de este modo, afectar gravemente al dinamismo y la pluralidad de la oferta de estos servicios ocasionando, esto sí, perjuicio irreparable para los usuarios.

Si esa expulsión se constata consecuencia de la infracción por AMENA de las obligaciones que le incumben en materia de interconexión estaremos ante una conducta que debe ser reparada en la resolución final de este expediente.”

Es decir, esta Comisión analizó los efectos que el servicio ofrecido por Orange podía tener en la competencia y en los consumidores (en segundo este caso en términos de reducción de la oferta de servicios disponibles), y encontró cierta afectación en ambos casos y, en consecuencia, en la situación de competencia efectiva en el mercado.

El mismo razonamiento se utiliza en el acto ahora recurrido, en el que se analiza el servicio de BT desde el punto de vista de su impacto en la competencia mayorista (los competidores) y en los consumidores, aunque en este caso se concluye que el efecto es beneficioso desde ambos puntos de vista. Así se refleja en el siguiente texto de la Resolución recurrida:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Por tanto, la aparición en el mercado de nuevos modelos de negocio como los analizados en el presente expediente supone un claro beneficio para los usuarios al aumentar en nivel de competencia en esta tipología de llamadas, lo que conllevará una disminución del precio por minuto.

(.....)

En resumen, el servicio analizado permite la irrupción de nuevos operadores que compitan en el nicho de mercado de las llamadas internacionales realizadas a través de líneas telefónicas móviles. Este hecho comporta un mayor nivel de competencia en un segmento que según los datos actuales presenta un precio medio por minuto muy superior al precio medio por minuto en el ámbito de las redes fijas. Por tanto, no existen razones en cuanto al impacto en la competencia y en los consumidores que justifiquen la estimación de la denuncia interpuesta por Orange.”

En definitiva, salvando las particularidades de cada supuesto concreto, lo que subyace en ambos procedimientos es una visión de conjunto, en la que como objetivo último está el fomento de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, que se traduce en la búsqueda de escenarios marcados por el aumento de la oferta de servicios y de operadores y la disminución de los precios minoristas.

En relación con la alegación relativa a que esta Comisión no tendría competencias para adoptar medidas o decisiones que tengan por objeto velar por los intereses de los usuarios de telecomunicaciones, los consumidores, debe recordarse que la defensa de “*los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad*” es uno de los principios y objetivos de la LGTel, recogido en su artículo 3 e), por lo que esta visión debe ser tenida en cuenta por esta Comisión en sus resoluciones.

Por otro lado, debe recordarse que además de la función de control ex ante, dirigida a crear las condiciones para el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones, la LGTel asigna al regulador sectorial otras funciones que van más allá de la pura regulación, entre las que se encuentran funciones de claro interés general, como la tutela de los usuarios y el aseguramiento de los servicios mínimos comprendidos en el concepto de Servicio Universal, por lo que no puede sostenerse la idea de que esta Comisión deba quedarse al margen de los intereses de los consumidores.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene como función principal garantizar la existencia de competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones, pero como todo Derecho de la Competencia, como un medio o instrumento para garantizar en última instancia el bienestar de los consumidores finales.

Cabe centrarse para terminar en la concurrencia o no de los elementos que la Jurisprudencia ha estimado necesarios para poder apreciar la causa de nulidad alegada. En este sentido, tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional, han manifestado en diversas ocasiones⁶ que para advertir la infracción del principio constitucional de no discriminación no basta su mera alegación, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la pretendida desigualdad. Incluso en los casos en los que se produce una inversión de la carga probatoria, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 207/2001, de 22 de octubre, y 41/2002, de 25 de febrero, declara que la

⁶ Entre ellas, en la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 11 de octubre de 1997 (RJ 1997\7769, Fundamento primero) y en la STC 41/2002 (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2002.



parte recurrente afectada deberá aportar, al menos, “*indicios que generen una razonable sospecha*”.

En este caso, Orange no ha acreditado el supuesto trato discriminatorio al que alude por parte de esta Comisión. A mayor abundamiento, dicha alegación ha quedado completamente desvirtuada por lo expuesto en los párrafos anteriores, por lo que debe desestimarse la solicitud de nulidad planteada por la recurrente en este punto.

b) Sobre la naturaleza rectora del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la posibilidad de apartarse del criterio de los servicios del Organismo o de resoluciones anteriores.

Como se acaba de señalar, Vodafone alega la vulneración del artículo 54.1 c), que exige una especial motivación a aquellos actos “*que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*”, en relación con el hecho de que el Consejo se haya apartado del criterio manifestado previamente por los servicios en el informe sometido a audiencia.

De acuerdo con el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano rector del Organismo, al que corresponde, según el artículo 32 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y el artículo 4.2 del Reglamento de Régimen Interior⁷, el ejercicio de las funciones del organismo regulador previstas por la legislación vigente.

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

En el Fundamento tercero de la SAN de 30 de julio de 2005⁸ se dice que:

“Por lo demás, la ausencia de motivación en la resolución impugnada, alegación estrechamente vinculada a la anteriormente analizada, carece de fundamento en la medida que la simple lectura de las resoluciones impugnadas, tanto la que decide el conflicto de interconexión, como la desestimatoria del recurso de reposición contienen una motivación ex abundancia en la que se expresan de forma razonada los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión adoptada (por todas, STC 115/96 [RTC 1996\115]) en orden a la determinación de los precios de terminación de llamadas, exposición jurídica razonada que excluye cualquier imputación de insuficiencia o déficit de motivación. En realidad, bajo tal alegación, se denuncia por la actora la ausencia de justificación expresa del apartamiento de la CMT de los criterios y formula contenidos en el Informe elaborado por sus servicios, queja que no puede ser acogida. Como ya hemos indicado con anterioridad, la naturaleza no vinculante de

⁷ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 20 de diciembre de 2007, por la que se publica el texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 27, de 31 enero 2008).

⁸ RJCA 2006\26.



este dictamen implica que su contenido no condiciona la posición de la CMT a la hora de adoptar la decisión y no conlleva, como se pretende por la actora, una exigencia a la CMT de exposición de las concretas razones que determinaron que no siguiera la propuesta del informe, ya que tal apartamiento no precisa, en principio, ser formal ni materialmente justificado, siendo suficiente y válida la motivación ofrecida en los acuerdos impugnados sobre las razones por las que se llega a la solución adoptada sin necesidad de posicionamiento o valoración expresa del dictamen, alegación pues, que ha de ser rechazada por carecer de sustancia y relevancia.”

El criterio fijado en esta Sentencia ha sido aplicado por esta Comisión en distintas resoluciones del Consejo, y entre otras, en la Resolución de 11 de marzo de 2010⁹, en cuya página 7 se dice que:

“(…) hay que poner de manifiesto en primer lugar que, respecto a la disconformidad alegada por la recurrente por el cambio en la decisión de esta Comisión respecto del informe de audiencia de los Servicios, la Audiencia Nacional ha confirmado el carácter no vinculante del informe elaborado por los servicios de un órgano administrativo evacuado en el marco del trámite de audiencia para su órgano decisorio, lo que determina que el cambio de criterio que se pueda producir en el acto final aprobado respecto del manifestado en el citado informe no requiere la motivación exigida en el apartado c) del artículo 54.1 de la LRJPAC relativo a la especial motivación que deben tener aquellos actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.”

Por otro lado debe indicarse que los servicios de esta Comisión son servicios internos que no tienen el carácter de “órganos consultivos” en el sentido de lo previsto en el artículo 54.1c) de la LRJPAC. Así ha sido señalado con relación a los servicios internos de las Administraciones públicas, por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad de Madrid núm. 291/2001, de 16 de febrero de 2001¹⁰, por lo que no operaría en este caso la necesidad de motivación con respecto al informe de audiencia.

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

No obstante, a continuación se analiza si la Resolución impugnada cumple los requisitos generales de motivación exigidos por el artículo 54.1 de la LRJPAC y por la jurisprudencia, así como si, tal y como alegan los recurrentes, ha podido concurrir indefensión por posibles defectos en dicha motivación.

c) Sobre la motivación de la Resolución recurrida.

Con relación a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, el artículo 54.1 de la LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta

⁹ AJ 2010/106.

¹⁰ JUR 2001\207316. En el Fundamento cuarto de esta Sentencia se dice que “*En lo relativo a la segunda de las alegaciones, la aplicación del art. 54.1 c) de la LRJPAC se circunscribe exclusivamente a los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, no teniendo tal carácter de consultivos los informes técnicos emitidos en la tramitación de la licencia de obras.*”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto o resolución. Entre otras pueden citarse las SSTS de 15 de diciembre de 2009¹¹, de 26 de mayo de 2009¹² y de 7 de marzo de 2006¹³.

Por otro lado, y como ha señalado el Tribunal Supremo en distintas sentencias, y, entre otras, en las SSTS de 3 de diciembre de 1996¹⁴ y de 3 de mayo de 1995¹⁵, la motivación de las resoluciones administrativas no exige una contestación exhaustiva y pormenorizada de la totalidad de las alegaciones efectuadas por los interesados a lo largo del procedimiento.

Pues bien, en el supuesto concreto de la Resolución recurrida se indican de forma pormenorizada las razones técnicas y jurídicas que han llevado a esta Comisión a adoptar la decisión acordada y, siendo esto así, del contenido de la Resolución puede colegirse claramente las razones que determinaron la decisión final de esta Comisión, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las SSTS de 15 de enero de 2009¹⁶, 20 de mayo de 2008¹⁷ y 8 de marzo de 2006¹⁸. En la última Sentencia citada se dice que:

“el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión”.

Y en el Fundamento tercero de la SAN de 26 de febrero de 2007¹⁹ relativa a una Resolución de esta Comisión y confirmada posteriormente por la antes citada STS de 15 de diciembre de 2009, se declara que:

“(…) es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idóneo, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa. Y, en el presente caso, no es posible ignorar que la resolución de la CMT de 16 de mayo 2005, además de aludir a la necesidad de información para satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicio y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales, justifica la petición de información a Sogecable por su relevancia en el mercado de la televisión de pago, ante la necesidad que tiene la CMT, como regulador, de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión de un correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión.

Otra cosa distinta es que los operadores recurrentes no compartan los criterios utilizados por esta Comisión en la motivación de la Resolución recurrida, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007 al final de su Fundamento tercero:

¹¹ RC 2694/2007.

¹² RJ 2009\4401.

¹³ RJ 2006\1668.

¹⁴ RJ 1996\8930.

¹⁵ RJ 1995\4050.

¹⁶ RJ 2009\467.

¹⁷ RJ 2008\5296.

¹⁸ RJ 2006\5702.

¹⁹ JUR 2007\52343.



“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.

Finalmente, cabe decir que una falta de motivación nunca constituye causa de nulidad del acto o resolución impugnados sino, en todo caso, su anulabilidad y siempre que produzca indefensión material y efectiva, y no meramente formal, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTs de 8 de mayo de 2008²⁰, de 13 de julio de 2004²¹ y de 16 de julio de 2001²². Ello no sucede en el supuesto de la Resolución impugnada, tal y como se razonará seguidamente.

d) Sobre la presunta indefensión alegada por Vodafone.

Entiende Vodafone que la falta de motivación del acto recurrido le ha causado una situación de indefensión (aunque no cita expresamente el precepto vulnerado, se entiende que se refiere a la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, dado que alega como causa de nulidad la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional) al encontrarse con un acto administrativo del que resulta interesado, en relación al cual no ha podido manifestar su oposición ya que su contenido se separa del informe de audiencia que se le notificó.

Con relación al artículo 24 de la Constitución, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTs de 30 de noviembre de 1999²³ y de 22 de septiembre de 2004²⁴.

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.”

²⁰ RJ 2008\2642.

²¹ RJ 2004\4203.

²² RJ 2001\6684.

²³ RJ 2000\3200.

²⁴ RJ 2004\6286.



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

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

No obstante, y aunque nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, el Tribunal Supremo ha venido señalando que en los casos en que los interesados han tenido oportunidad de efectuar alegaciones en el procedimiento administrativo, no cabe alegar una posible indefensión. Pueden mencionarse, entre otras, las SSTs de 21 de junio de 2005²⁵ y de 20 de mayo de 2002²⁶

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

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

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

Siguiendo el mismo criterio del Tribunal Supremo, en una Resolución de esta Comisión de 11 de marzo de 2010²⁷, 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.

Por un lado, los interesados tuvieron la oportunidad de alegar a lo largo de todo el procedimiento administrativo, tanto con anterioridad como con posterioridad a la notificación del informe de audiencia. Por otro lado, de ningún modo puede prosperar la alegación de indefensión basada en que la Resolución de 4 de marzo de 2010 resolvió en un sentido distinto al expresado en el informe de los servicios porque es precisamente el presente procedimiento de recurso administrativo y el eventual procedimiento contencioso-administrativo, los medios previstos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio del derecho de defensa contra actos administrativos como el ahora recurrido (de carácter resolutorio), y ambas vías han estado abiertas en todo momento para las recurrentes.

²⁵ RJ 2005\5033.

²⁶ RJ 2002\6217.

²⁷ AJ 2010/106.



e) Sobre la presunta extralimitación de funciones de la Comisión al declarar lícito el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas.

Vodafone manifiesta en la página 10 de su recurso que:

“La CMT se ha extralimitado en sus funciones puesto que tanto el artículo 16 de la LGTel como los artículos 26 y 28 del Reglamento de Mercados disponen que corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la elaboración y propuesta para su aprobación por el Gobierno del PNN que, como es sabido, es el instrumento en el que se especifica el uso (servicio) al que se destina cada numeración. Por el contrario, la CMT únicamente ostenta la competencia para la gestión y el control del mencionado PNN.”

Asimismo añade que puesto que la atribución de numeración a servicios es competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, esta Comisión no podía *“atribuir numeración móvil para el servicio de acceso a plataformas de llamadas internacionales (tarjetas prepago)”*.

Frente a lo anterior cabe señalar que el marco jurídico de la gestión de los recursos de numeración, expuesto brevemente en el Fundamento jurídico-material primero, enmarca claramente las funciones de esta Comisión en materia de numeración, y entre ellas se incluye la función de velar por el correcto uso de los recursos asignados a los operadores.

Recordando lo ya señalado al respecto, el Reglamento de Mercados establece un claro reparto de competencias en esta materia entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al que atribuye la competencia para la **elaboración** de los Planes nacionales de numeración, encaminamiento y direccionamiento y la aprobación de los procedimientos de gestión y control, incluyendo plazos y condiciones asociadas al uso, el Gobierno, que debe aprobarlos, y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la que atribuye la competencia para su **gestión y control**.

El Plan Nacional de Numeración Telefónica actualmente vigente, aprobado por Real Decreto 2296/2004 (Reglamento de Mercados) atribuye el rango de numeración N = 6 para servicios de comunicaciones móviles, además de incluir una serie de principios y normas muy generales aplicables al uso de la numeración.

En cuanto a la gestión y control del Plan, que corresponde como prevé el Reglamento de Mercados a esta Comisión, hemos visto el concepto de **control**, no definido expresamente en dicha norma, se asimila a la idea de **velar por la adecuada utilización de los recursos de numeración asignados a los operadores**.

Por otro lado, el propio Reglamento de Mercados al regular la Numeración (Título IV) y, en particular, las competencias de esta Comisión en materia de “Gestión y control de los Planes Nacionales” (Capítulo III), incluye un precepto (artículo 38) relativo a las “Condiciones generales de uso de los recursos asignados”, de lo que cabe deducir que la tarea de control en relación con la adecuada utilización de los recursos de numeración asignados a los operadores incluye el control del cumplimiento de esas condiciones de uso, y este es precisamente el objeto del procedimiento de resolución de la denuncia planteada por Orange contra BT ahora recurrido.

En este sentido, debe hacerse notar que si Vodafone cuestiona las competencias de esta Comisión para pronunciarse sobre si el uso de la numeración que hace BT es adecuado o



no, esto debió manifestarlo en el procedimiento originario, en el que sin embargo solicitó que se le reconociera como parte interesada.

El citado artículo 38 contiene además la siguiente precisión, que ampararía la posibilidad de que el organismo encargado del control pueda, si está justificado, dar a la normativa aplicable sobre el uso de la numeración una interpretación más amplia:

“Los recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación asignados estarán sujetos a las siguientes condiciones generales:

- a. *Se utilizarán para el fin especificado en la solicitud, salvo que el organismo encargado de la gestión y el control autorice expresamente una modificación de conformidad con la normativa aplicable.”*

En atención a todo lo expuesto, es preciso señalar que la Resolución recurrida tiene por objeto analizar el uso dado por BT a diversa numeración móvil que le ha sido asignada y determinar si se trata o no de una “*adecuada utilización de los recursos de numeración asignados a los operadores*”, teniendo en cuenta para ello, tanto si el uso se ajusta a la normativa sectorial aplicable, como el contexto económico y de mercado en el que ésta debe aplicarse.

La Comisión, en su Resolución DT 2009/675, no atribuye numeración móvil a un nuevo servicio (servicio de acceso a plataformas de llamadas internacionales), como pretende Vodafone, sino que, al considerar adecuado el uso realizado por BT, está ejerciendo su función de controlar (atribuida por el artículo 16.4 de la LGTel) que el uso de la numeración sea “*adecuado*”, pero entendiendo por adecuado, no solo el uso conforme a las disposiciones o preceptos relativos a la numeración, sino conforme al conjunto del marco normativo sectorial. Por tanto, no se aprecia que esta Comisión mediante el acto recurrido se haya extralimitado en modo alguno en el ejercicio de sus funciones.

2.2. Sobre la solicitud de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.2 y 62.1 f) de la LRJPAC por infracción del ordenamiento jurídico general y vulneración de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas.

Ambos operadores denuncian la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida por vulnerar, a su juicio, diversos preceptos del ordenamiento jurídico, tanto normas de carácter general como el marco normativo sectorial, aunque fundamentan esta pretensión en distintos preceptos de la LRJPAC.

Orange invoca el artículo 62.2 de la LRJPAC, según el cual “*también serán nulas de pleno las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior*”, entendiendo que “*la decisión adoptada por esa Comisión supone contravenir preceptos legales de orden superior y/o decisiones administrativas previas correctamente basadas en los mismos*”, en concreto la normativa sectorial relativa al uso de la numeración, la relativa a los servicios de terminación de llamadas vocales en redes móviles y el artículo 6 del Código Civil que se refiere al fraude de ley.

Por su parte, Vodafone fundamenta su pretensión de nulidad en el artículo 62.1 f) de la LRJPAC, según el cual 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*”.



En concreto, Vodafone articula su solicitud de nulidad sobre la base de diversas alegaciones que se resumen en las siguientes: por un lado, la Resolución recurrida autoriza un uso indebido de la numeración, vulnerándose el régimen jurídico del uso de recursos públicos de numeración y el artículo 48 de la LGTel, en cuanto a que la decisión adoptada conculcaría el principio del debido fomento de una competencia efectiva en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas; por otro lado, la Resolución recurrida autoriza prácticas que vulneran el Derecho Común, en concreto el artículo 7 del Código Civil en el sentido de que se estaría dando cobertura a prácticas contrarias a la buena fe y constitutivas de abuso de derecho, así como al enriquecimiento injusto.

Alega por último Vodafone que el servicio al que esta Comisión ha dado luz verde mediante la Resolución recurrida está teniendo ya un claro impacto negativo en tres cuestiones:

- En el uso de los recursos públicos de numeración, dado que se ha detectado que se está utilizando numeración móvil para el acceso a servicios de tarificación adicional para adultos.
- En los operadores competidores, porque daña gravemente sus intereses económicos dado que son ellos y no el usuario final quienes soportan el coste del servicio.
- En los consumidores, porque para remediar el perjuicio económico que les causa el servicio los operadores se van a ver obligados a eliminar las tarifas y ofertas más ventajosas para sus clientes.

Como contestación a estas alegaciones procede significar lo siguiente:

a) Sobre el análisis de los requisitos para la aplicación de los artículos 62.1 f) y 62.2 de la LRJPAC.

Con relación al artículo 62.1 f) de la LRJPAC, los tribunales han indicado que una interpretación amplia del mismo podría desnaturalizar el contenido y finalidad del propio precepto. Así, en el Fundamento cuarto de la STJ de Cantabria de 31 de enero de 2003²⁸ se dice que,

“se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez, quebrándose con ello uno de los principios fundamentales del Derecho administrativo, que reserva la nulidad radical para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, pues otra cosa comportaría un grave peligro para la seguridad jurídica, dada la falta de plazo para proceder a la revisión de los actos nulos.”

El criterio de esta Sentencia es ratificado por distintos dictámenes del Consejo de Estado, como el Dictamen 2454/1994 de 9 de febrero de 1995, donde se dice que el uso generalizado y una interpretación amplia del artículo 62.1 f) de la LRJPAC “vaciaría de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad”. En esta misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado en los dictámenes 5577/1997, de 27 de noviembre de 1997, 5796/1997, de 8 de enero de 1998, 4786/1998, de 21 de enero de 1999 y 2897/2000, de 4 de octubre de 2000.

Y en la STS de 26 de noviembre de 2008²⁹ se declara que para la aplicación del artículo 62.1 f) de la LRJPAC “no basta con que se incumpla cualquier requisito de los exigidos por

²⁸ JUR 2003\93369.

²⁹ RJ 2008\7946.



el ordenamiento, es preciso que sea uno de los esenciales, bien referido a las condiciones del sujeto o al objeto sobre el que recaiga la actividad”.

Por otro lado, según el tenor literal del artículo 62.1 f), este vicio es aplicable a los actos expresos o presuntos que atribuyen facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Como recuerda la Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha 215/2003, de 24 de marzo³⁰, la causa de nulidad del artículo 62.1 f) de la LRJPAC sólo puede concurrir en los actos o resoluciones que “*suponen una concesión de un derecho o facultad*”, circunstancia que no concurre en el presente caso. El acto recurrido en el presente procedimiento es un acto administrativo de carácter resolutorio por el que se resuelve un procedimiento de denuncia de un operador contra otro y se declara adecuada la práctica denunciada, por lo que el precepto invocado no resulta de aplicación.

En cuanto al artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por Orange, debe advertirse que tampoco resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de “*disposiciones administrativas*”, es decir disposiciones de carácter general o disposiciones reglamentarias, y en este caso el acto impugnado es un acto administrativo finalizador de un procedimiento.

Por todo lo anterior, cabe concluir que no concurren los requisitos para apreciar la existencia de causa de nulidad de los artículos 62.1 f) y 62.2 de la LRJPAC. No obstante, de acuerdo con el principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, tratándose en el presente caso de la impugnación de un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general), debe analizarse si el mismo podría resultar anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC. Para ello, procede entrar a analizar el contenido de las alegaciones de las recurrentes.

b) Sobre la aplicación del principio del fomento de la competencia sectorial del artículo 3 a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones por parte de esta Comisión en la Resolución recurrida.

Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el fomento de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, tal y como ha reconocido expresamente la jurisprudencia y, entre otras, las SSTS de 17 de diciembre de 2008³¹ y de 18 de noviembre de 2008³².

En la STS de 17 de diciembre de 2008³³ se declara que “*es cierto que el citado organismo regulador tiene atribuidas funciones que inciden directamente en la salvaguardia de la defensa de la competencia*”.

Al aplicar en sus resoluciones los principios previstos en la LGTel, entre los cuales se encuentra el principio de fomento de la competencia efectiva en el sector previsto, como ya se ha señalado en Fundamento jurídico-material primero, en el artículo 3 a) de dicha norma, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actúa en virtud de su discrecionalidad técnica. Así, por ejemplo, en la STS de 4 de marzo de 2008³⁴ el Tribunal Supremo señaló que:

³⁰ JUR 2003\137216.

³¹ RJ 2009\226 y RJ 2009\232.

³² RJ 2008\7905.

³³ RJ 2009\232

³⁴ RJ 2008\1748.



“la Administración ejerce aquí una potestad discrecional, potestad que ha sido conferida por la Ley como instrumento para obtener una finalidad específica, que puede aparecer expresamente contenida en la norma o estar implícitamente recogida en ella.”

En el ejercicio de esa discrecionalidad técnica, esta Comisión no solamente tiene en cuenta los intereses económicos de los operadores recurrentes sino que, a diferencia de estos últimos, considera también los intereses de la totalidad del mercado o mercados afectados, como no podía ser de otra forma. Como ya se ha puesto de manifiesto, la Resolución recurrida analiza los efectos de la práctica denunciada tanto desde el punto de vista de la competencia como de la defensa de los derechos de los consumidores, para terminar concluyendo que el servicio analizado es beneficioso para ambos, y por tanto para el mercado. Al considerar adecuado el servicio analizado, esta Comisión valora que *“permite la irrupción de nuevos operadores que compitan en el nicho de mercado de las llamadas internacionales realizadas a través de líneas telefónicas móviles. Este hecho comporta un mayor nivel de competencia en un segmento que según los datos actuales presenta un precio medio por minuto muy superior al precio medio por minuto en el ámbito de las redes fijas”*, por lo que no cabe duda de que con la decisión adoptada esta Comisión persigue el cumplimiento del artículo 3 a) de la LGTel.

Aunque el punto de vista propuesto por los operadores durante el procedimiento administrativo o, como en este caso, en sede de recurso, pueda resultar también razonable, los tribunales han reconocido la prevalencia de la solución adoptada por esta Comisión³⁵, salvo que la misma resulte y se acredite por parte del recurrente que es arbitraria o desprovista de cualquier justificación o motivo. Por este motivo, debe señalarse que Vodafone no ha acreditado ni siquiera de forma indiciaria la concurrencia efectiva de ninguna de las anteriores circunstancias (arbitrariedad o ausencia de justificación), por lo que no cabe apreciar una indebida aplicación del artículo 3 a) en relación con el artículo 48 de la LGTel, en el ejercicio de la potestad discrecional por parte de esta Comisión al realizar dicha aplicación.

c) Sobre la vulneración de la normativa sectorial de uso de la numeración.

Ambas recurrentes manifiestan en sus recursos que la declaración como ajustado a Derecho del uso de la numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas contravendría el ordenamiento jurídico al avalar un uso de la numeración móvil para fines alejados de los previstos en la regulación sectorial.

A juicio de estos operadores, la práctica contraviene las condiciones establecidas para la numeración móvil en el Reglamento de Mercados y el Plan Nacional de Numeración en cuanto a que la numeración móvil debe utilizarse para prestar servicios de comunicaciones móviles, con los elementos que ello supone de ser servicios asociados a la condición de movilidad, proporcionados a través de puntos de terminación móviles, con utilización del espectro radioeléctrico y que permiten la identificación de usuarios o terminales móviles, la identificación del tipo de servicio y el nivel de precios del mismo.

Orange y Vodafone manifiestan también su desacuerdo con la referencia a la similitud del servicio analizado con el servicio “Wireless Office” de Vodafone y el uso de la numeración geográfica realizado por esta entidad, analizado en el expediente DT 2006/733 y declarado

³⁵ SAN de 23 de diciembre de 2004 (RJCA 2006\141).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

también adecuado y conforme al marco regulatorio. Vodafone añade al respecto dos argumentaciones:

- El servicio Wireless Office supuso una verdadera innovación en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, mientras que el servicio prestado por BT es un servicio de acceso a servicios de tarjetas telefónicas con destino internacional de los “*toda la vida*”. Al contrario de lo que ocurría con el servicio Wireless Office, el PNN numeración ya prevé numeración destinada a la prestación de este tipo de servicios (numeración 900 y números cortos).
- El servicio Wireless Office, a diferencia del prestado por BT, no desvirtúa la función de la numeración de permitir la identificación del servicio que se presta y los precios aplicables.

Por último, Vodafone alerta de las posibles consecuencias negativas de autorizar este uso, como es, entre otras, su utilización para prestar servicios de tarificación adicional para adultos.

La mayoría de estas alegaciones fueron ya analizadas en el marco del procedimiento DT 2009/675 y respondidas en la Resolución de 4 de marzo de 2010, que tras realizar un exhaustivo análisis de las características del servicio y de su impacto en el mercado, concluye la adecuación del mismo al marco jurídico vigente. No obstante, se procede a contestar a las alegaciones que introducen elementos o datos nuevos.

En contestación a las alegaciones realizadas por las recurrentes contrarias a la equiparación del expediente recurrido y el uso de numeración geográfica analizado en el expediente “Wireless Office”, debe incidirse en la idea de que efectivamente ambos servicios tienen características muy similares que justifican la argumentación dada por esta Comisión en el acto recurrido para validar la práctica de BT. La similitud de ambos supuestos se apoya en las siguientes cuestiones:

- I. Ambos supuestos se basan en servicios que actualmente se encuentran disponibles en las redes de los operadores (desvíos), los cuales pueden ser activados por cualquier cliente final. De hecho, en la actualidad cualquier usuario del servicio telefónico móvil tiene la capacidad de desviar su número móvil a un número fijo, utilizando la funcionalidad de desvío incondicional, siendo esta funcionalidad de desvío incondicional en la que se basan ambos servicios.
- II. En ambos servicios la llamada termina en una numeración de características distintas a la marcada por el usuario, en el servicio Wireless Office el usuario llamante realiza una llamada a un número fijo y la llamada es finalmente terminada en un número móvil y en el caso del servicio prestado por BT el usuario realiza una llamada a un número móvil y el cuál es reencaminado a un número fijo.
- III. En ambos servicios el desvío es asumido por el usuario que lo ha contratado y por tanto es transparente al usuario llamante y por ende para el resto de los operadores.
- IV. Existe transparencia en cuanto a la tarifa que deberá hacer frente el usuario llamante, ya que a éste le facturarán la tarifa que corresponda al número marcado (en el caso del servicio de BT número móvil, en el caso del servicio Wireless Office número fijo) según el esquema tarifario que tenga contratado con su operador, con independencia de que el número marcado esté finalmente desviado a otro número de características



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

distintas. Como se ha comentado en el punto anterior el coste del desvío es asumido por el usuario que lo ha solicitado, usuario llamado.

En consecuencia, el servicio Wireless Office, al poseer características análogas a las que presenta el servicio objeto de conflicto, se erige como un buen precedente para la Resolución del caso de estudio.

Frente a las manifestaciones realizadas por Vodafone en relación con que el servicio denunciado no tiene el necesario carácter innovador ni permite la identificación del servicio, debe indicarse lo siguiente:

- En relación con la falta de innovación, aunque efectivamente desde el punto de vista técnico el servicio de BT no supone innovación alguna al tratarse de funcionalidades ya existentes, si que conlleva una innovación en cuanto a los modelos de negocio de los servicios de llamadas internacionales generadas desde terminales móviles, ya que permite al usuario disponer de tarifas más ventajosas.

Si tal como señala Vodafone en su recurso, *“la innovación que ha de ser auspiciada y fomentada en la regulación”*, tal y como prevé el artículo 3 de la LGTel en relación con los principios que deben inspirar la regulación sectorial, esta Comisión ha actuado en este caso conforme a los mandatos de la LGTel.

- En cuanto a la posibilidad de que la numeración permita identificar el servicio prestado, cabe indicarse que la problemática descrita por Vodafone es común a cualquier numeración que utilizara el operador de tarjetas internacionales (móvil, geográfica, números cortos, etc.), ya que al no existir a priori ninguna numeración atribuida específicamente a dicho servicio ninguno de los distintos tipos de numeración existentes permitiría identificar al usuario que el servicio prestado es un servicio de tarjetas.

No es cierto, por tanto, contrariamente a lo señalado por Vodafone (páginas 5 y 10 de su recurso), que ya exista numeración asignada específicamente al servicio prestado por BT, como los números 900 y números cortos, y que además permita esa identificación del servicio. Sí es cierto que uno de los servicios para los cuales se asignan números cortos es el servicio de tarjetas, pero el mismo se está prestando también mediante números 900 y numeración geográfica, no existiendo rango de numeración atribuido específicamente para este servicio.

En estos casos, la identificación del servicio, tal como sucede con el resto de numeración utilizada para prestar este tipo de servicios, se realiza gracias a la publicidad que realiza el operador que lo comercializa. Por tanto, podemos afirmar que en el servicio prestado por BT la numeración permite identificar el servicio con las limitaciones que conlleva el hecho de que no exista un rango específico atribuido para el citado servicio y permite identificar el esquema tarifario que aplicará al usuario llamante.

En definitiva, si bien es cierto que la Resolución de 4 de marzo de 2010 establece que el uso realizado por BT no puede considerarse *“un servicio de comunicaciones móviles en el sentido tradicional”*, también entiende que hay otros condicionantes y razones de oportunidad que justifican el uso de la numeración móvil analizado (la incidencia del servicio en el mercado en general, en la competencia y en los consumidores) y la presencia del servicio en el mercado, dando así cumplimiento a los preceptos del marco normativo sectorial que demandan al regulador actuaciones dirigidas al fomento de la innovación y el



dinamismo en el mercado y la salvaguarda de la pluralidad de oferta de servicios (artículo 3 y 48.3 e) de la LGTel).

Si fue la propia evolución de los servicios la que llevó a la Comisión a flexibilizar la tradicional conexión entre los números geográficos y los números de terminación de red en el caso Wireless Office, en el presente caso la evolución del mercado requiere nuevamente de este tipo de flexibilización y de una interpretación del marco regulador que permita su adaptación al entorno actual con la finalidad de favorecer la evolución tecnológica y la implantación de modelos de negocio innovadores que fomenten la competencia, tal y como por otra parte señala la propia Vodafone en su recurso.

A mayor abundamiento, el artículo 3.1 del Código Civil, cuerpo normativo plenamente aplicable en el ámbito del derecho especial en el que nos encontramos, prevé que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

Por tanto, en el presente caso no puede considerarse que haya existido una infracción del marco normativo sectorial sino de una aplicación del mismo coordinada con los principios y objetivos básicos que debe promover esta Comisión en su función de promoción de la competencia.

Por último, cabe hacer mención a la denuncia de Vodafone relativa a que los números móviles asignados a BT están siendo utilizados para prestar servicios de tarificación adicional para adultos. Efectivamente estas prácticas deben y están ya siendo objeto de estudio por parte de esta Comisión a los efectos de analizar la conveniencia de adoptar determinadas medidas. Esta Comisión ha abierto ya un procedimiento administrativo específico para la resolución de la citada denuncia (expediente abierto bajo la referencia RO 2010/891), por lo que no procede pronunciarse al respecto en el marco del presente procedimiento.

d) Sobre la vulneración de la normativa sectorial relativa a los servicios de terminación de llamadas en red móvil y los efectos de la práctica denunciada en la interconexión.

Orange alega que la Resolución recurrida habilita a operadores como BT a incumplir de facto la regulación establecida respecto de los precios de terminación móvil, ya que están cobrando un precio regulado por prestar un servicio que realmente no están prestando, beneficiándose de la obtención de márgenes y retornos de inversión muy diferentes a los del resto de operadores que luego utiliza para la prestación de otros servicios a precios muy competitivos.

Orange entiende, como se ha señalado antes, que el hecho de que sus precios de terminación supongan retribuir los servicios efectivamente prestados sin que exista margen adicional para realizar transacción comercial/arbitraje alguno, supone una clara discriminación para Orange en relación con los operadores que emplean la numeración móvil para la prestación de servicios de reventa de tráfico. Según Vodafone, por este motivo la Resolución recurrida estaría fomentando una situación de enriquecimiento injusto en perjuicio de la entidad impugnante y en beneficio de BT. Concretamente, en la página 15 de su recurso Vodafone declara que *“Es claro y manifiesto que la CMT, a través de la resolución recurrida, está amparando el enriquecimiento injusto de BT, enriquecimiento que ya mi representada puso de manifiesto en su escrito de alegaciones de fecha 24 de julio de 2009 y del que, a pesar de ello, la Resolución recurrida no hace mención alguna.”*



En resumen, ambos operadores hacen hincapié en las implicaciones (negativas) que este tipo de servicios tienen en cuanto a los pagos en interconexión y los precios de terminación en red móvil.

Las alegaciones formuladas en relación con esta cuestión ya fueron objeto de análisis en la Resolución recurrida, que en su punto 1.4 analiza el servicio denunciado desde el punto de vista de los precios de interconexión y el arbitraje señalando que *“el arbitraje de tráfico fruto de los distintos precios de interconexión no es, en sí mismo, una práctica que deba reputarse automáticamente contraria a la regulación existente”* (página 12 de la Resolución), y que, si los operadores móviles competidores de BT se ven afectados por la irrupción de este nuevo servicio, son ellos mismos los que deben adaptarse a la evolución y movimiento del mercado modificando sus tarifas minoristas del modo que más les convenga.

Es decir, como señala la Resolución, no está justificada en este caso una intervención del regulador ya que *“los propios operadores móviles tienen las herramientas necesarias, así como la capacidad de modificar los actuales planes de tarifas al objeto de adaptarlos a la irrupción de este tipo de servicios”*.

En el presente procedimiento, no cabe sino confirmar el planteamiento de la Resolución recurrida y apoyar la alegación formulada por Virtafon, S.L. en el sentido de que en una economía de mercado y un sector liberalizado como el de las telecomunicaciones (pese a tratarse de un sector sometido a regulación ex ante), son los agentes que actúan en el mercado los que deben adaptarse al mismo y no el mercado el que debe ser adaptado a éstos.

En línea con lo anterior se resolvió recientemente el expediente MTZ 2010/827, de resolución de la consulta formulada por Orange en relación con el margen disponible por los operadores móviles para modificar sus planes de tarifas planas u ofertas de tráfico gratuito con el fin de excluir de los mismos las numeraciones móviles utilizadas para prestar servicios de enrutamiento de tráfico internacional. La Resolución de fecha 8 de julio de 2010 que resolvió el procedimiento establece que

“Con el fin de mantener este tipo de servicios asegurando a su vez que esquemas tarifarios independientes del tráfico no vean afectados sus costes de forma desproporcionada, se considera consistente con el marco regulador vigente la exclusión de las tarifas de las numeraciones de los operadores que cuenten con servicios de acceso a servicios de tarjetas telefónicas en sus redes”.

De forma adicional a lo ya señalado en la Resolución de 4 de marzo de 2010, cabe indicar, por un lado, que los precios de terminación móvil en la red de BT se regularon mediante la Resolución del Mercado 7, la cual fija como precio razonable para el servicio de terminación prestado por los Operadores Móviles Virtuales Completos (OMVC) a cualquier operador demandante del mismo, los nuevos precios medios que apruebe la Comisión a los Operadores Móviles Virtuales de Red anfitriones (OMR).

Por tanto, la posible modificación de dichos precios de terminación como consecuencia de este tipo de servicio, que solicita Orange, debería en su caso realizarse en el marco de la revisión del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales de los correspondientes operadores y no en el ámbito del procedimiento de resolución del conflicto Orange-BT ni en el del presente procedimiento de resolución de los recursos de reposición.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, los recurrentes mantienen que la prestación de servicios como el denunciado les supone un perjuicio económico porque son los operadores móviles de acceso los que realmente financian el servicio que presta BT o sus revendedores mediante los precios de terminación móvil. En este sentido debe reiterarse lo ya señalado en la Resolución recurrida en relación con la libertad en cuanto a la fijación de las tarifas minoristas que tienen los operadores móviles. En ningún caso se puede afirmar que es el operador móvil el que financia el servicio prestado a través de los precios de terminación, sino que es el propio usuario del servicio el que lo financia a través de la tarifa minorista que abona al operador móvil por realizar la llamada, la cual puede ser fijada por el operador móvil con el importe necesario para cubrir los costes de interconexión que generen este tipo de servicios.

En consecuencia, no se produce perjuicio económico alguno para los operadores móviles, sino que es el propio usuario que accede al servicio el que lo remunera de forma indirecta a través de parte de la tarifa que abona a su operador móvil.

Por el contrario, sí es cierto que el servicio analizado puede provocar un cierto impacto en el balance de interconexión de los operadores de acceso y problemas de rentabilidad en sus tarifas minoristas planas o de tráfico gratuito, pero esto son efectos naturales de la propia evolución y dinamismo del mercado, a los que cualquier operador se ve obligado a adaptarse, como ocurriría con otros posibles cambios.

Es precisamente en esta línea en la que esta Comisión ha resuelto el procedimiento MTZ 2010/827 ya citado, en el que se ha mostrado favorable a que cada operador, en función de sus necesidades y de los patrones de consumo de sus clientes, calibre los efectos que le causan estos servicios y, sobre la base de ello, limite o restrinja la aplicación de las tarifas más afectadas excluyendo ciertos números relacionados con este tipo de servicios.

Para adaptarse al nuevo entorno no es preciso por tanto, como argumenta Vodafone, eliminar por completo de la oferta minorista todos los planes de tarifas especiales, con el consiguiente perjuicio para el consumidor, dado que bastaría con excluir las numeraciones de los operadores que cuentan con estos servicios. Esta Comisión considera que es posible mantener en el mercado los servicios de tarjetas internacionales mediante el uso de numeración móvil sin que ni los consumidores ni los competidores se vean afectados significativamente.

En respuesta a las manifestaciones contrarias al margen adicional que obtiene BT de los precios de interconexión con respecto al resto de operadores, cabe señalar que en el caso de que Orange o cualquier otro operador móvil decidiera prestar este tipo de servicio, los costes en los que incurriría para la prestación del mismo sería similares a los que presenta BT, ya que no sería necesaria la utilización de la red de acceso del operador móvil para la prestación del mismo, siendo ésta la que concentra el principal coste a la hora de proveer los servicios de terminación vocal. Por tanto, tal como se indica en la Resolución recurrida, el resto de operadores móviles con numeración propia están en condiciones, si así lo desean, de ofrecer un servicio semejante al que ofrece BT con unos márgenes equivalentes a los que éste obtiene que les podría permitir realizar similares transacciones comerciales o arbitrajes que los que realiza BT, por lo que las alegaciones efectuadas en este sentido no están justificadas.

Por último, sobre el enriquecimiento injusto al que presuntamente la Resolución recurrida estaría dando cobertura, cabe señalar que en cuestión de precios de interconexión y la potestad de regulación de los mismos por parte de esta Comisión, los tribunales han venido excluyendo la doctrina del enriquecimiento injusto cuando su alegación por los operadores recurrentes está relacionada con la directa aplicación de las resoluciones de contenido



regulador del organismo. Así, en el Fundamento Sexto de la SAN de 19 de octubre de 2007 (JUR 2007\346169) se dice que:

“Tiene expresado el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 8 de julio de 2004) que la doctrina del enriquecimiento injusto reside en la evitación de que cualquiera pueda obtener una ganancia patrimonial o una pérdida del mismo carácter sin causa que pueda justificarlas. Pues bien, en el supuesto considerado basta reproducir el Fundamento de Derecho Sexto de la resolución combatida para inferir que existe cobertura para que el organismo regulador adopte la decisión cuestionada.”

Debe recordarse que el sector de las comunicaciones electrónicas, al igual que otros sectores económicos, como el energético, es un sector sometido a regulación, siendo objeto de la misma, concretamente, y en este caso, los precios de interconexión de terminación. Y en los casos de precios regulados, la jurisprudencia ha excluido expresamente la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, pudiendo citar, entre otras, la STS de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009\5180), donde se dice que:

“Como señala la sentencia recurrida el cumplimiento por parte del operador de mercado de sus obligaciones dentro del marco legal, elimina cualquier declaración de enriquecimiento injusto.”

Y en la propia sentencia citada se recuerda que:

“La libertad de empresa no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la obtención de beneficios, en el sentido pretendido por la recurrente, sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos o condiciones que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica que no coarta la libertad empresarial”.

Finalmente, debe señalarse que de la mera lectura de la página 15 del recurso de VODAFONE se desprende que esta Comisión ha adoptado una serie de medidas correctivas o atenuadoras dentro de sus facultades reguladoras, como el establecimiento de un Glide Path o senda de disminución progresiva de precios.

En conclusión, ninguna de las alegaciones de infracción de la regulación sectorial de servicios de terminación en red móvil ha quedado acreditada y por tanto ninguna de ellas puede tener favorable acogida.

e) Sobre la vulneración de preceptos del ordenamiento jurídico general.

Tanto Orange como Vodafone alegan en sus recursos que la Resolución recurrida vulnera preceptos del ordenamiento jurídico general, en concreto del Código Civil, por avalar conductas contrarias a la buena fe, constitutivas de abuso de derecho y realizadas en fraude de ley.

Orange hace referencia en las páginas 8 a 9 de su recurso a que la Resolución recurrida podría estar amparando prácticas realizadas en fraude de ley, en el sentido del artículo 6 del Código Civil que lo define como aquellos *“actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, (.....)”*. Concretamente, en la página 9 la entidad recurrente declara que:

“estarían empleando la regulación relativa a la determinación de los precios de terminación móvil para conseguir un resultado no deseado por la regulación, y la Resolución de la CMT estaría amparando esta situación, lo que resulta a todos los



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectos equiparable a una infracción del ordenamiento jurídico por la Resolución, haciendo por lo tanto, nula, de pleno derecho la resolución recurrida.”

Por otra parte, Vodafone manifiesta en su recurso que *“la CMT no debió dar cobertura a las prácticas realizadas por BT y otros operadores como JAZZTEL pues éstas suponen un incumplimiento del principio de buena fe y constituyen abuso de derecho”*, previstos ambos en el artículo 7 del Código Civil.

En contestación a la alegación de Orange, tal y como ha señalado la jurisprudencia, y, entre otras, las SSTs de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006\7122), 17 de octubre de 2002 (RJ 2002\8966), 26 de febrero de 1999 (RJ 1999\1416) y 3 de febrero de 1998 (RJ 1998\614), para que tenga lugar el llamado fraude de ley es indispensable la existencia de dos normas: la llamada “norma de cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude y aquella otra norma que pretende ser eludida. Así se indica, por ejemplo, en el Fundamento Segundo de la citada STS de 31 de octubre de 2006:

“El fraude requiere la concurrencia de dos normas: «la de "cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de éste y en forma fraudulenta se pretende eludir», de modo que «se reputa fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico».”

En el caso de que no concurriesen dichos requisitos, esto es, el elemento normativo consistente en las dos normas (la de cobertura y la que quiere soslayarse) y el elemento finalista o propósito de obtener un resultado prohibido o ilícito, no podría considerarse la existencia de fraude de ley.

Así, por ejemplo, con relación al elemento “normativo”, en el Fundamento Segundo de la STS de 26 de febrero de 2001 se dice que:

“no ha quedado probado que el supuesto del debate se encasille en las previsiones del artículo 6.4 del Código Civil, pues no aparecen en este caso ninguna de las normas, de cobertura y eludible o soslayable, que son necesarias para la integración del fraude de ley.”

Y respecto al propósito o elemento finalista del fraude de ley, en la STS de 6 de abril de 2006 (RJ 2006\6242) se dice que:

“no ha habido la consecución de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a la «Ley defraudada», como exige la jurisprudencia de esta Sala para que pueda actuar, con otros requisitos, con plena eficacia un fraude de Ley.”

Por otro lado, los tribunales vienen exigiendo una prueba plena de la existencia del fraude de ley. En la STS de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007\2543), al igual que el dolo o el abuso de derecho

“el fraude de Ley que (...) no se presumen sino que deben quedar plenamente acreditados”

En relación con lo anterior, en el presente caso:

- Orange no especifica qué disposición o disposiciones normativas concretas constituyen la norma de cobertura y aquella cuyo cumplimiento que presuntamente



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretende soslayarse o evitarse, efectuando referencias genéricas a la regulación sectorial;

- no se aprecia la existencia de un fin de naturaleza ilícita que pretende conseguirse con el presunto fraude de ley objeto de denuncia;
- y por último, y lo que es más importante, Orange no acredita debidamente, mediante cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, y de forma plena, la existencia del posible fraude de ley.

En cuanto a la alegación de Vodafone, debe indicarse que para que pueda apreciarse el abuso de derecho no basta con manifestar y, en su caso, acreditar que la persona a la cual se imputa dicha conducta se beneficia de la misma en perjuicio de un tercero, sino que resulta imprescindible probar, además, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en la STS de 3 de junio de 2003 (RJ 2003\5421) y de 14 de diciembre de 1992, que el ejercicio es “manifiestamente” extralimitado y que concurre un elemento intencional específico: la voluntad de causar un daño o perjuicio. Así, en el Fundamento Cuarto de la STS de 3 de junio de 2003 se declara que:

“A efectos de prueba *no puede presumirse la incidencia de mala fe, ya que constituye un principio general de Derecho que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse.*”

En cuanto al abuso de derecho, no habiéndose probado la intencionalidad de las partes en un negocio jurídico de perjudicar un interés legítimo de un tercero mediante una manifiesta extralimitación en el ejercicio de su derecho, no cabe declarar por una presunción, fundada en un juicio subjetivo de valor, la nulidad de unas resoluciones de la Administración colegial farmacéutica que verificó la adjudicación de cuatro oficinas de farmacia en la ciudad de Zaragoza. Debe aplicarse el «axioma qui iure suo utitur neminem laedit» [quien ejercita su derecho no daña a nadie] cuando el resultado de un acto jurídico, unilateral o bilateral, no es contrario a la normativa vigente ni incide en el ejercicio abusivo de un derecho por la intencionalidad contrario a la norma.”

La acreditación de ambos extremos, esto es, tanto del carácter manifiesto de la extralimitación en el ejercicio del derecho como, y específicamente, de la intención abiertamente dolosa del operador denunciado recaían en la entidad recurrente, quien no los ha probado. Así, en la página 13 de su recurso, la impugnante alude a presuntas prácticas de “aleccionamiento” a clientes efectuadas por BT, sin acreditar las mismas ni su finalidad dolosa, esto es, efectuando una simple “valoración de intenciones”, lo cual no resulta admisible en el ámbito del abuso de derecho, como señala expresamente la STS de 3 de junio de 2003 anteriormente citada en su Fundamento Tercero:

“El abuso del Derecho y fraude de Ley no puede estimarse probados con base en un juicio de intenciones”.

Por todo lo anterior, deben desestimarse las alegaciones formuladas por ambas recurrentes en cuanto a la vulneración de los referidos artículos del Código Civil.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



RESUELVE:

Único.- Desestimar íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades France Telecom España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U. contra la Resolución, de fecha 4 de marzo de 2010, sobre la denuncia planteada por France Telecom España S.A. contra BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. en relación con el uso de numeración móvil como numeración de acceso a servicios de tarjetas telefónicas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.