



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 43/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de diciembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el cual se aprueba la

**Resolución del conflicto de acceso presentado por Nvia Gestión de Datos, S.L., Advanced Telephone Services, S.A., Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal (RO 2012/391).**

## **I ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Escrito presentado por NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L.**

Con fecha 22 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L. (en adelante, NVIA) por el que plantea conflicto de acceso con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) y solicita a esta Comisión la adopción de medidas cautelares consistentes en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de TME de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través de la plataforma gestionada por NVIA. En concreto, NVIA alega lo siguiente:

- Que el 23 de noviembre de 2009 firmó con TME un Contrato para la Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros con objeto de proveer a NVIA el acceso a la red de sus servicios (en adelante, Contrato de Intermediación) y que con fecha 17 de junio de 2011 firmó un Anexo a dicho contrato denominado Contrato de colaboración de servicios de Mensajería (en adelante, Contrato de Alertas Web).
- Que con fecha 7 de diciembre de 2011, NVIA recibió un burofax de TME en el que *“ponía de manifiesto que a partir del 14 de diciembre del propio año, el*



*operador de red denunciado, aplicaría de forma unilateral condiciones de imposible cumplimiento para NVIA<sup>1</sup>, en relación a los procesos de altas y bajas en los servicios de mensajes de suscripción objeto del contrato que le vinculaba”.*

- Que con fecha 13 de diciembre de 2011, NVIA le manifestó *“su total disconformidad y la vulneración de la normativa sectorial en la aplicación de tales medidas”.*

- Que con fecha 2 de enero de 2012, TME notificó a NVIA la resolución del Contrato de Alertas Web con un preaviso de tres meses.

- Que el 21 de febrero de 2012 recibió un nuevo burofax de TME *“por el que unilateralmente”* resuelve el Contrato de Intermediación de fecha 23 de noviembre de 2009 y su Anexo, el Contrato de Alertas Web, *“privando con ello no sólo a NVIA sino a todas aquellas entidades a las que se provee servicios en su condición de agregador tecnológico del derecho de acceso e interconexión al que se refiere la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.*

- Que *“la referida misiva (...) justifica no sólo la resolución de los precitados acuerdos sino la privación del acceso e interconexión a su red en un presunto incumplimiento de las cláusulas 4.1, 10 y 13 del contrato suscrito que se imputa a mi representada, sin preaviso alguno y sin acreditar esa circunstancia”.*

- Que, según NVIA, TME estaría *“incumpliendo gravemente el artículo 11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y demás normativa concordante”* por lo que interesa a esta Comisión *“que se adopten los procedimientos sancionadores que correspondan”.*

- Que la entidad denunciada está obligada a permitir *“la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas desde las redes mediante las cuales NVIA presta sus servicios de telefonía móvil disponible al público”.*

- Que *“dada la gravedad de la situación y de los irreparables perjuicios que con esa actuación se le está causando tanto a NVIA como a sus clientes, ha requerido a TME el mismo día en que se recibió la misiva cortando el servicio, para que de forma inmediata se restablezca el servicio y se garantice el acceso a la red de Telefónica los servicios que son objeto de los contratos denunciados por TME sin que, hasta la fecha, se haya obtenido respuesta alguna por parte del operador denunciado”.*

- Que en virtud de lo anterior, solicita a esta Comisión que imponga a TME *“la obligación de garantizar a mi mandante la interoperabilidad y el acceso e interconexión a sus redes para prestar los servicios de envío de mensajes cortos Premium de suscripción que viene realizando en base a los contratos referidos”,* que *“determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del*

---

<sup>1</sup> En concreto, a partir del 14 de diciembre de 2011, TME exigía para nuevas altas para servicios de SMS Premium de suscripción la remisión de la siguiente documentación: a) documento en soporte papel firmado por cada cliente en el que autoriza el alta en el servicio de alertas; b) fotocopia del DNI del cliente que quiere darse de alta. Esta misma documentación se exigiría para los clientes a partir del 15 de enero de 2012.



*burofax de fecha 7 de diciembre de 2012, en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta mi mandante” y que “se acuerde el inicio del correspondiente expediente sancionador frente a TME por vulneración del artículo 11 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones”.*

- *Que, asimismo y “con objeto de evitar perjuicios a mi mandante de imposible o difícil reparación, se solicita a ese órgano que se adopte la medida cautelar consistente en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de Telefónica Móviles de España, S.A.U. de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través del agregador técnico NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L.” que son objeto de los citados Contratos.*

**SEGUNDO.- Escritos de Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal y Advanced Telephone Services, S.A.**

Con fechas 21, 22, 23, 24, 27, 28 de febrero y 6 de marzo se han recibido en el Registro de esta Comisión escritos de Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. e Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal, respectivamente, en los que, en tanto que operadores de comunicaciones electrónicas prestadores del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes que han suscrito acuerdos con NVIA, plantean conflicto de acceso frente a TME, asimismo solicitan la incoación de un procedimiento sancionador y la adopción de las medidas cautelares correspondientes, en los mismos términos que NVIA.

**TERCERO.- Adopción de medidas cautelares**

Con fecha 8 de marzo de 2012, mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se adoptó la siguiente medida cautelar:

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

*Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga*



*fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.»*

#### **CUARTO.- Recursos contra la Resolución de medidas cautelares**

TME interpuso un recurso potestativo de reposición ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones contra la Resolución de 8 de marzo de 2012 que fue desestimado íntegramente con fecha 17 de mayo de 2012<sup>2</sup>.

Posteriormente, TME ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta última resolución ante la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional<sup>3</sup>. Este recurso se encuentra actualmente pendiente de resolver.

#### **QUINTO.- Requerimiento a NVIA de los contratos firmados**

Con fecha 14 de marzo de 2012, se requirió a NVIA copia firmada del “*Contrato para la Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros*” de 23 de noviembre de 2009 y de todos sus anexos, suscrito entre NVIA y TME. NVIA remitió la documentación con fecha 27 de marzo de 2012.

#### **SEXTO.- Requerimiento de documentación a TME**

Con fecha 27 de marzo de 2012, se requirió a TME la siguiente documentación:

- a. Informes mensuales correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2011, enero y febrero de 2012 en relación con las reclamaciones realizadas por sus clientes sobre los servicios SMS Premium de NVIA;
- b. Requerimientos realizados, en su caso, a NVIA instando el cese en las conductas detectadas;
- c. Denuncias realizadas ante la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA), y
- d. Si se había presentado demanda civil sobre resolución contractual frente a NVIA por incumplimiento de las obligaciones recogidas en el Contrato de 23 de noviembre de 2009 y en su Anexo de 17 de junio de 2011.

Con fecha 11 de abril, TME aportó la documentación solicitada e informó que no había denunciado estos comportamientos a la CSSTA porque conocía que la propia CSSTA, de oficio y en noviembre de 2011, había abierto expediente a operadores de numeración SMS Premium por vulneración del Código de Conducta<sup>4</sup>. En cuanto a la

---

<sup>2</sup> AJ 2012/597

<sup>3</sup> Procedimiento Ordinario 350/2012

<sup>4</sup> Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de



demanda, TME señaló que había presentado demanda civil el día 21 de febrero de 2012 ante el Juzgado de 1ª Instancia de Madrid.

**SÉPTIMO.- Denuncia de NVIA de incumplimiento de la medida cautelar por parte de TME**

Con fecha 27 de marzo de 2012, NVIA presentó un nuevo escrito en el que denuncia el incumplimiento de la medida cautelar por parte de TME por la falta de apertura de determinada numeración y solicita que se obligue a TME a restablecer el acceso a la numeración SMS Premium en cumplimiento de la medida cautelar, a poner a disposición de NVIA un canal de comunicación con el servicio técnico de TME y que se le incoe a este operador el correspondiente procedimiento sancionador conforme a lo previsto en el apartado r) del artículo 53 de la LGTEL por incumplimiento de la Resolución en la que se adoptaron medidas cautelares.

**OCTAVO.- Nuevo requerimiento a TME en relación con el cumplimiento de la medida cautelar**

Con fecha 30 de marzo de 2012, se requirió a TME sobre el cumplimiento de las medidas cautelares. El operador remitió un escrito de contestación con fecha 13 de abril de 2012 en el que detalla los números gestionados a través de la plataforma de NVIA a los que ha dado acceso y justifica los motivos por los que no ha abierto su red al resto.

**NOVENO.- Nuevas alegaciones de NVIA denunciando incumplimiento de la medida cautelar**

Con fecha 13 de junio de 2012, NVIA remitió un escrito en el que solicita de nuevo la incoación de un expediente sancionador y denuncia el incumplimiento de la Resolución por la que se adopta una medida cautelar ante la falta de apertura por parte de TME de la siguiente numeración: 27472, 37775, 27371, 25666, 27222, 27270, 35522, 37722, 995656, 997200, 997447, 37378, 25251, 37371, 995300, 995498, 995522, 995666, 995683, 995756, 995974, 997371, 997468, 997596, 997820, 25070, 25530, 25860, 25900, 27080, 27271, 27722, 37376, 995800, 27003, 995005, 997123 y 27595.

**DÉCIMO.- Trámite de Audiencia**

Mediante escritos de fecha 21 de junio de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión. En dicho Informe se proponía:

---

mensajes.



**“PRIMERO.-** Desestimar la pretensión de Nvia Gestión de Datos, S.L., Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A. y R&D Media Europe B.V. relativa a imponer una obligación a Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal de apertura de su red para proporcionar acceso a la numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a través de la plataforma de Nvia Gestión de Datos, S.L.

**SEGUNDO.-** Desestimar la solicitud de Nvia Gestión de Datos, S.L. relativa a la declaración de nulidad de las condiciones impuestas por Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012 en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción.

**TERCERO.-** Desestimar las solicitudes de Nvia Gestión de Datos, S.L. Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A. y R&D Media Europe B.V. relativas a la incoación de un procedimiento sancionador por la realización de las conductas tipificadas como infracción muy grave en el apartado v) del artículo 53 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

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

#### **UNDÉCIMO.- Nueva remisión del informe de Audiencia**

Posteriormente, se comprobó que en el informe de los servicios remitido no se había incluido a la entidad HISPATEL por lo que con fecha 27 y 30 de julio de 2012, se procedió a enviar a los interesado un nuevo informe de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el que únicamente se incluía las correspondientes referencias a este operador, sin modificar el resto del contenido del documento.

#### **DUODÉCIMO.- Alegaciones recibidas**





Dentro del plazo concedido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TME presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 10 de julio de 2012. En el mismo manifestaba su conformidad con la propuesta de los servicios excepto en lo relativo a la apertura de un procedimiento sancionador por incumplimiento de la medida cautelar dictada dentro del procedimiento aportando datos para justificar su actuación.

Del mismo modo, con fecha 6 de julio de 2012, NVIA presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión que reiteró con fecha 16 de agosto de 2012 en el que manifestaba su disconformidad con el informe remitido, aportaba nuevas explicaciones y documentos y solicitaba una vez más la imposición a TME de la obligación de garantizar la interoperabilidad y el acceso e interconexión a sus redes para prestar los servicios de mensajes cortos Premium de suscripción, que se determinase la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012 y se acordase el inicio del correspondiente expediente sancionador frente a TME por vulneración del artículo 11 de la LGTel y de las disposiciones relativas a al acceso a las redes contenidas en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados).

Por su parte, con fecha 13, 16, 17 de julio y 22 de agosto de 2012, Translease, Meztura, R&D, Anekis e Hispatel, respectivamente, presentaron escritos ante esta Comisión con alegaciones relativas a sus intereses como prestadores de servicios SMS Premium a través de la plataforma de NVIA y por lo demás similares a las presentadas por esta entidad, excepto la de R&D que incluye alguna relativa a su numeración.

### **DECIMOTERCERO.- Declaración de confidencialidad**

Se han declarado confidenciales los datos aportados por los interesados que esta Comisión ha considerado que pudieran afectar a su secreto comercial o industrial.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO**

El presente procedimiento tiene por objeto la resolución de las siguientes cuestiones:

- el conflicto planteado por NVIA y el resto de los operadores prestadores de servicios SMS Premium que son interesados en el presente procedimiento sobre el alcance de la obligación de TME de garantizar la interoperabilidad, el acceso y la interconexión a sus redes para prestar los servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos de tarificación adicional (en



adelante, SMS Premium) que se viene realizando a través de NVIA en cuanto que agregador tecnológico;

- la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2011 en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta NVIA, y
- la oportunidad de proceder a la apertura de un procedimiento sancionador frente a TME por la comisión de dos infracciones, la primera relativa a la vulneración del artículo 11 de la LGTel, tipificada en el artículo 53.v de la LGTel como infracción muy grave y, la segunda, por incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 8 de marzo de 2012 por la que se adoptaron medidas cautelares en el presente procedimiento tipificada, asimismo, como infracción muy grave en el artículo 53.r de la LGTel.

## II.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 48.3 de la Ley32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores. Así, dicho artículo establece que *“[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.4.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función: *“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. [...]”*.

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos*





objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.

En el mismo sentido, el artículo 23 del Reglamento de Mercados, dispone, en la letra a) de su apartado 3, que “la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto de acceso.

Por otro lado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre los incumplimientos de las obligaciones de acceso y, en su caso proceder a la apertura de un procedimiento sancionador en relación con el artículo 53.v) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de obligaciones en materia de acceso e interconexión a las que están sometidas los operadores de conformidad con la vigente legislación.

Asimismo, podrá proceder a la apertura de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

### **II.3 ANÁLISIS DEL CONFLICTO**

Los solicitantes plantean en primer término un conflicto sobre el alcance de la obligación de TME en cuanto que operador móvil de red de garantizar la interoperabilidad, el acceso y la interconexión de su red para prestar los servicios de envío de SMS Premium.

Antes de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, es necesario clarificar una serie de extremos para entender las diferencias surgidas entre las partes. En concreto, es importante explicar la doble naturaleza de la relación entre NVIA y TME que permite comprender por qué hay otros prestadores de servicios SMS Premium que resultan afectados por las cuestiones debatidas en el presente procedimiento.

#### **II.3.1 Sobre la relación entre NVIA y TME objeto del presente conflicto**

NVIA es un operador de comunicaciones electrónicas de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes cortos. Estos operadores pueden prestar sus servicios, bien mediante una plataforma propia, bien mediante la de otra entidad que, a su vez, deberá haberse constituido también como operador de almacenamiento y reenvío de mensajes.

NVIA actúa con su propia plataforma para gestionar su numeración y además actúa como plataforma tecnológica para otros operadores de servicios SMS Premium (es



lo que se conoce como agregador). Para llevar a cabo esta actividad, Nvia ha tenido que:

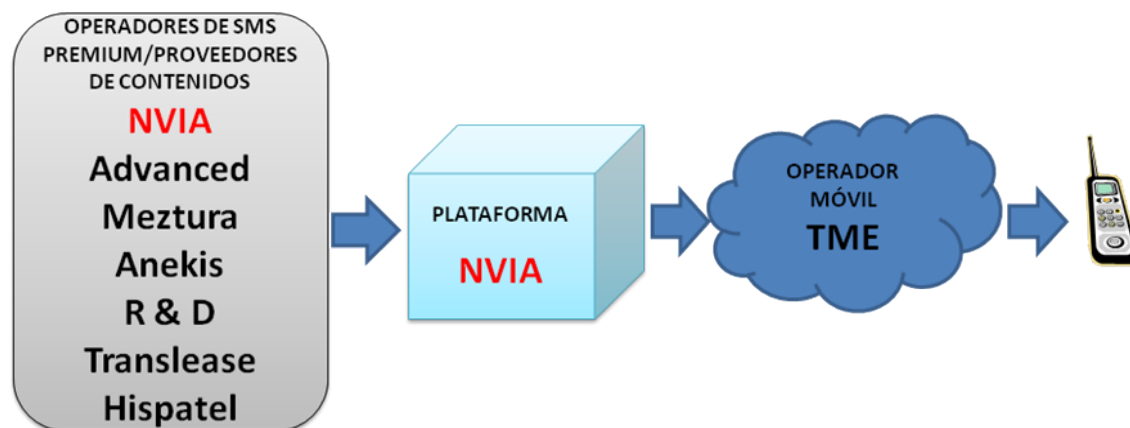
1. Notificar su actividad para su inscripción en el Registro de operadores como operador de almacenamiento y reenvío.
2. Firmar los correspondientes acuerdos con operadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, titulares de numeración de SMS Premium, a los que conecta a través de su plataforma con los operadores que prestan el servicio telefónico móvil a los usuarios finales.
3. Firmar acuerdos con todos los operadores móviles a cuyos usuarios finales ofrece sus servicios. Debido al estado actual de desarrollo del estándar GSM, no es posible técnicamente que los clientes de un operador móvil puedan acceder a los servicios ofertados por cualquier proveedor de servicios SMS Premium si este último no se encuentra conectado al operador móvil del abonado. Por lo tanto, para que un prestador de servicios SMS Premium pueda garantizar la interoperabilidad de sus servicios, es decir, pueda prestar sus servicios a todos los usuarios de servicios móviles debe llegar a acuerdos con todos y cada uno de los operadores móviles. En consecuencia, si TME no da acceso a su red a la plataforma de NVIA, éste no podrá prestar sus servicios como agregador a los operadores de servicios SMS Premium para que los mensajes lleguen a los clientes del operador móvil.

En el momento de interponer el presente conflicto, NVIA prestaba servicios como agregador, entre otros, a los operadores de servicios SMS Premium Advanced Telephone Services, S.A. (Advanced), Meztura Servicios Premium, S.L. (Meztura), Anekis, S.A. (Anekis), R&D Media Europe B.V. (R&D), Hispano Televisión y Telefonía, S.L. Unipersonal (Hispatel) y Translease International LTD (Translease) que también son parte de este procedimiento.

TME y NVIA mantienen, por tanto, una doble relación puesto que la plataforma de este último está conectada a la red del operador móvil, lo que le permite actuar de agregador, y, al mismo tiempo, NVIA junto con todos los operadores de servicios SMS Premium conectados a su plataforma son prestadores de servicios SMS Premium a los abonados de TME.

Por lo que al presente conflicto interesa, TME y NVIA suscribieron un Contrato de Intermediación firmado el 23 de noviembre de 2009 que regula el acceso que TME ofrece a NVIA y al resto de los operadores cuya numeración gestiona este último como agregador. Posteriormente, firmaron un Anexo a dicho contrato, el Contrato de Alertas Web, de fecha 17 de junio de 2011 cuyo objeto es *“el Servicio de Alertas de Mensajes y otros aspectos del servicio de Mensajería Premium”* que regula la contratación de servicios SMS Premium a través de páginas web.

De forma esquemática, las partes que intervienen en la prestación de los servicios SMS Premium son las siguientes:



No existe una relación contractual directa entre TME y los operadores SMS Premium que son parte de este conflicto –Advanced, Meztura, Anekis, R&D, Hispatel y Translease–. Sin embargo, TME conoce qué operadores actúan a través de esta plataforma pues la cláusula 4.1 del Contrato de Intermediación obliga a NVIA a suscribir un acuerdo, denominado “Carta de Aceptación”, con cada uno de los operadores de servicios SMS Premium vinculados a su plataforma. En él, estos operadores se comprometen a mantener indemnes a NVIA y a TME por cualquier responsabilidad derivada de los contenidos que ofrecen y a cumplir el marco legal vigente, Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, Orden ITC/308/2008) y Código de Conducta. La Carta de Aceptación, en la que se especifica el operador de almacenamiento y reenvío y la numeración del mismo que se gestionará a través de la plataforma de NVIA, se remite por este último a TME antes de abrir un número en la red del operador móvil.

El presente conflicto surge en el momento en que TME comunica a NVIA la resolución del Contrato de Intermediación y de su anexo de Alertas Web.

### II.3.2 Sobre el incumplimiento de NVIA

Por lo que se refiere a su contenido, el Contrato de Intermediación suscrito entre TME y NVIA obliga a este último a solucionar, en un plazo máximo de tres días laborables, cualquier irregularidad, sospecha, fraude y, en general cualquier actividad anormal suya o de los operadores que operan a través de su plataforma que pueda dar lugar a la determinación de la existencia de un incumplimiento contractual (cláusula 4.1). Ante el incumplimiento contractual de NVIA, TME queda facultada para instar la resolución inmediata del contrato (cláusula 13).

La cláusula segunda del Contrato de Intermediación prevé la posibilidad de resolución del contrato sin causa una vez transcurrido un año desde su inicio. En este supuesto, bastará un preaviso por escrito con tres meses de antelación a la fecha efectiva de resolución.

Por lo que atañe a las condiciones previstas en el Contrato de Alertas Web, la cláusula 3.4 establece, a los efectos que interesan en el presente conflicto, la obligación de que la publicidad tanto de NVIA como del resto de los operadores de



servicios SMS Premium que actúan a través de su plataforma cumpla con el Código de Conducta y que no sea engañosa (Anexo I). En este caso, el incumplimiento facultará a TME para instar a NVIA a resolver la incidencia en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y en el caso de que NVIA no lo solucionase en dicho plazo o incumpla una segunda vez, TME quedará facultada para instar la resolución inmediata del Contrato.

La resolución del Contrato de Intermediación por TME se produjo tras recibir la operadora múltiples quejas de sus usuarios en relación con la prestación de servicios SMS Premium por parte de operadores asignatarios de números cortos. En el caso de los servicios SMS Premium de suscripción a través de páginas web, las conductas denunciadas consistían en la presentación en determinadas páginas de Internet de mensajes con contenidos equívocos que inducían a los usuarios a contratar servicios de SMS Premium de suscripción sin ser totalmente conscientes del alcance del consentimiento que estaban prestando.

Este tipo de conductas dieron lugar a la presentación de denuncias ante la CSSTA que han supuesto el bloqueo del acceso a algunos números de SMS Premium de suscripción que se ofrecían a través de la plataforma de NVIA. En concreto, la SETSI ha ordenado a los operadores de redes telefónicas públicas que bloqueen el acceso a los números 795060<sup>5</sup>, asignado a la entidad R&D Media Europe B.V., y al 795100<sup>6</sup> y 795600<sup>7</sup> de los que es titular DATATALK COMUNICACIONES, S.L. Hay que tener en cuenta que con cada uno de estos números se prestaban múltiples campañas.

En los tres supuestos, la Resolución de la SETSI se fundamenta en el incumplimiento del artículo 6.1.1.3 del Código de Conducta que señala:

*“6.1.1 Los principios generales se aplicarán a todo tipo de servicios. El contenido de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes no deberá:*

(...)

---

<sup>5</sup> Resolución de la SETSI de 28 de febrero de 2012 por la que se ordena el bloqueo del número 795060, Resolución de 10 de mayo de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia al operador R&D Media Europe B.V. (DT 2012/590) y Resolución de 19 de julio de 2012 relativa al recurso de reposición interpuesto por R&D Media Europe B.V. contra la Resolución de 10 de mayo de 2012 sobre cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (AJ 2012/1275).

<sup>6</sup> Con fecha 21 de mayo de 2012, la SETSI ordenó el bloqueo del número 795100 asignado a Datatalk Comunicaciones, S.L., también gestionado a través de la plataforma de NVIA. Posteriormente, la Resolución de 26 de julio de 2012 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones canceló ese número (DT 2012/1126) que no podrá volver a ser asignado en el plazo de un año y Resolución de 4 de octubre de 2012 relativa al recurso de reposición interpuesto por Datatalk Comunicaciones S.L. contra la Resolución de 26 de julio de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la entidad recurrente (AJ 2012/1925).

<sup>7</sup>Resolución de la SETSI de fecha 28 de febrero de 2012 en la que ordena al resto de los operadores de redes telefónicas públicas el bloqueo del acceso al número 795600, Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de junio de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia al operador Datatalk Comunicaciones, S.L. (DT 2012/577) y Resolución de 7 de septiembre de 2012 relativa al recurso de reposición interpuesto por Datatalk Comunicaciones S.L. contra la Resolución de 26 de julio de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia a la entidad recurrente (AJ 2012/1665), recurrido ante la Audiencia Nacional (P.O. 605/2012).



*6.1.1.3 Llevar a conclusiones erróneas a consecuencia de su inexactitud, ambigüedad, exageración, omisión o similares.”*

Posteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha cancelado la asignación de estos números, cuyo estado en el Registro Público de Numeración pasó al de libre, sin que puedan volver a ser asignados a ningún operador hasta transcurrido un año desde la fecha de aprobación de cada una de las Resoluciones.

Tras producirse estos hechos, TME consideró que NVIA había incumplido sus obligaciones lo que, a su juicio, le facultaba para resolver tanto el Contrato de Intermediación como su anexo de Alertas Web. En concreto, TME remitió, en su escrito de 11 de abril de 2012, copia de los mails que se intercambiaron con NVIA entre el 30 de agosto de 2011 y el 4 de noviembre del mismo año en los que le comunicó, en repetidas ocasiones, la existencia de prácticas irregulares. NVIA llegó a reconocer que a pesar de que esas “campañas” no eran nada limpias<sup>8</sup>, *“la mejor opción es hacer lo mismo”*, en referencia a las prácticas irregulares desarrolladas por otros competidores del agregador. En un mail de 3 de noviembre de 2011 y ante la solicitud de corte de una determinada campaña, NVIA señala que *“si nos obligáis a quitar este... nos arruináis directamente”*. Por lo tanto, parece claro que TME solicitó a NVIA la retirada de las campañas “irregulares” y que NVIA conocía esta situación así como el trastorno que ocasionaban las citadas actividades.

TME aportó una relación del número de reclamaciones presentadas por sus usuarios en relación con la numeración SMS Premium gestionada por NVIA entre los rangos 795ABM y 997ABM durante los meses de diciembre de 2011, enero, febrero y marzo de 2012. A modo de ejemplo, en relación con la facturación correspondiente al mes de diciembre de 2011, TME recibió reclamaciones correspondientes a **CONFIDENCIAL** [] “eventos”. Asimismo, señala TME que el importe reclamado por los usuarios respecto de **CONFIDENCIAL** [] de estos eventos alcanzó un montante de **CONFIDENCIAL** [].

Frente a estos datos, NVIA señala en sus alegaciones que estos listados son *“una relación de reclamaciones elaborada por la propia TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. y que nada prueba”* sin que NVIA aporte ningún otro documento que apoye dicha afirmación.

Por lo tanto, de la documentación remitida se puede concluir que a través de alguno de los números que se gestionaba por la plataforma de NVIA se incumplió el Código de Conducta. Asimismo, TME requirió en diversas ocasiones a NVIA en relación con los servicios de SMS Premium que se ofrecían con claros visos de irregularidad. Además, NVIA a lo largo de, al menos, algunos meses de 2011 y 2012, activó campañas de servicios SMS Premium que generaron muchas reclamaciones. Todo ello supuso que TME recibiera numerosas quejas de sus usuarios lo que en aplicación de las previsiones del contrato permitía a TME su resolución.

---

<sup>8</sup> Mail de 6 de octubre de 2011.



Como consecuencia del comportamiento señalado, con fecha 2 de enero de 2012, TME notifica a NVIA su intención de resolver el Contrato de Alertas Web con un preaviso de 3 meses. Posteriormente, TME decide resolver inmediatamente ambos contratos y remite el 21 de febrero de 2012 un burofax a NVIA «*por el que unilateralmente se resuelve el “Contrato para la intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros”*» de fecha 23 de noviembre de 2009 y su Anexo el Contrato de Alertas Web de fecha 17 de junio de 2011.

NVIA considera que la resolución del contrato por TME priva “no sólo a NVIA sino a todas aquellas entidades a las que se provee servicios en su condición de agregador tecnológico del derecho de acceso e interconexión al que se refiere la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

### **II.3.3 Adopción de medidas cautelares**

Ante la resolución del contrato y su anexo, así como el subsiguiente corte del acceso por parte de TME, NVIA solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de medidas cautelares consistentes en el restablecimiento del acceso y la interconexión de los servicios de reenvío de mensajes Premium que provee.

Tras el correspondiente análisis, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consideró que con la resolución inmediata del contrato por parte de TME se había producido afectación a los intereses de los operadores que, vinculados a la plataforma de NVIA, estaban cumpliendo con la normativa aplicable y se habían visto privados del servicio contratado y de la posibilidad de adoptar, en su caso, aquellas medidas que considerasen necesarias para no verse perjudicados por la misma. Asimismo, sus clientes se habían visto privados inesperadamente de los servicios prestados por aquéllos.

Esta Comisión trató de lograr el adecuado equilibrio entre el interés de carácter público de defender los intereses de terceros afectados por la medida y los derechos de TME como operador de acceso. En consecuencia, adoptó una medida cautelar por la que se obligaba a TME a:

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

La duración de la medida se extendió hasta la fecha de la Resolución que pusiera fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012. Esta





duración máxima de tres meses a contar desde la fecha en que TME comunicó a NVIA su intención de resolver el contrato se justificó en que no se podía extender la medida más allá del periodo de preaviso recogido en el propio Contrato de Intermediación para resolverlo por cualquiera de las partes sin necesidad de que existiera una causa, facultad que podrían ejercer en cualquier momento transcurrido el término inicial de un año.

De este modo, los operadores de SMS Premium podrían adoptar las medidas más adecuadas a sus intereses hasta la resolución definitiva del conflicto o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.

### II.3.4 Sobre el conflicto

Por lo que se refiere al análisis del conflicto, se debe partir de que la relación entre TME y NVIA presenta dos caras, una pública en la que la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estaría justificada y otra privada que corresponde a las partes y, en su caso, a la jurisdicción ordinaria apreciar si se ajusta a derecho.

Las facultades de intervención de esta Comisión en materia de acceso e interconexión cuando una de las partes pretende resolver un contrato han sido delimitadas por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo considera que sólo se justifica esta intervención en la garantía de la salvaguarda de un interés general; señala el Alto Tribunal en la Sentencia de 4 de marzo de 2008<sup>9</sup> que:

*«Sólo en el caso que su salvaguarda tuviera por finalidad amparar alguno de los intereses generales a los que ya nos hemos referido (estimular la competencia en el sector, proteger los derechos de los usuarios, mantener la integridad de la red pública de Telecomunicaciones, etc.) podría estar justificada la medida adoptada de dejar en suspenso la autorización de rescisión del AGI y de la desconexión de la red.»*

Acreditado que ha habido conductas que suponían un incumpliendo por una de las partes de las previsiones del contrato firmado, únicamente la existencia de otras razones de carácter jurídico-público, es decir, motivos que justifiquen la necesidad de salvaguarda de un interés general, llevarían a aceptar la solicitud de NVIA e imponer a TME la obligación de mantener el acceso en aplicación de los Contratos de Intermediación y de Alertas Web.

En concreto, la LGTel establece en su artículo 3 a) y d) como objetivos que deben ser seguidos por las Autoridades Nacionales de Reglamentación el “a) *fomentar la*

---

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2008 que casa parcialmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2004 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «Telefónica España, SAU» contra una Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de noviembre de 2002, sobre conflicto de interconexión de solicitud de autorización para resolver el vigente acuerdo general de interconexión con «Redes y Servicios Liberalizados, SA» por impago de los servicios de interconexión previamente consumidos y para desconectar ambas redes.



*competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos” “d) promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad (...).”*

Esta Comisión debe perseguir, en todo caso, que la solución que se adopte esté en línea con la consecución de los objetivos y principios que está llamada a proteger, no sólo los generales del artículo 3 de la LGTel sino también garantizar el respeto de condiciones específicas como la accesibilidad desde otras redes y la interoperabilidad de los servicios, sin más limitaciones que su carácter objetivo, transparente, proporcionado y no discriminatorio.

En consecuencia, existen unos intereses públicos que justifican la intervención de esta Comisión.

En su escrito de alegaciones, NVIA señala que es necesario determinar el “alcance de la imposición de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. de esas cláusulas [las contenidas en el Contrato de Intermediación] en la medida en que afectan a un derecho esencial en el mercado de las telecomunicaciones como es el acceso e interconexión a las redes”. “Lo que se pretende obtener de esa Comisión, no es tanto que se pronuncie sobre si NVIA cumplió o no con sus obligaciones contractuales de carácter privado sino, si esas condiciones impuestas, tal y como las ha interpretado unilateralmente TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., resultan compatibles con el derecho de acceso que se consagra en el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones”.

Asimismo, continúa indicando que “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. en vez de penalizar a los proveedores que considera unilateralmente incumplidores, suspenderles o incluso interrumpir el acceso a la numeración de la cual sean titulares, decide, sin base normativa o contractual alguna, revertir todas las consecuencias de esos pretendidos incumplimientos en mi mandante, resolviendo los contratos suscritos con ella”.

Por su parte, los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes cuya numeración se gestionaba a través de la plataforma de NVIA plantean que TME rescindió el contrato con NVIA sin preavisarles, sin causa y sin justificación provocándoles un perjuicio cuantioso e irreparable. Consideran que obligándoles a cambiar de agregador se deja en manos de TME que decida “*quién puede y quién no prestar los servicios de mensajes de texto Premium en el mercado*”.

Vistas las alegaciones de las partes, se procede a analizar:

- Las facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para interpretar los contratos de acceso.



- La garantía del acceso y la interoperabilidad de la numeración SMS Premium.

## **1 Sobre las facultades de interpretación de los contratos**

Resulta claro que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está habilitada para resolver los conflictos que surjan entre los operadores como consecuencia de sus relaciones de acceso e interconexión. Asimismo, la Jurisprudencia ha confirmado<sup>10</sup> reiteradamente que, en ejercicio de sus funciones en el ámbito de interconexión y acceso, esta Comisión está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar un interés general como es el de la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos en interés de todos los usuarios, los cuales son intereses generales dignos de protección que justifican la actuación de esta Comisión.

Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008 especifica que en la resolución de conflictos «el órgano regulador se atiene a lograr el “equilibrio justo entre los intereses de las partes”, con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios».

Con esta finalidad, esta Comisión puede impedir a un operador que de modo unilateral establezca las condiciones que mejor le convengan, las interprete y también modifique los acuerdos de acceso, para evitar la distorsión de la competencia y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones regulatorias.

El Contrato de Intermediación, en tanto que contrato de acceso, se encuentra sujeto a la potestad de intervención de esta Comisión, presidida por un indudable interés público, que supone mantener el equilibrio contractual entre los operadores que lo suscriben, estando esta cuestión ligada al mantenimiento de una competencia efectiva que constituye uno de los objetivos enumerados específicamente en el artículo 3 de la LGTel.

En consecuencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá determinar si las cláusulas incluidas en los contratos resultan compatibles con las obligaciones de acceso e interconexión establecidas en la LGTel y su normativa de desarrollo.

## **2 Sobre la garantía del acceso y la interoperabilidad de la numeración SMS Premium**

Con carácter previo al análisis del supuesto planteado, procede determinar el alcance de las previsiones actualmente recogidas en la normativa que permita

---

<sup>10</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (RJ/2008/4601), de 18 de noviembre de 2008 (RJ/2008/5966) y de 24 de junio de 2009 (RJ 2009/4681).



delimitar desde una perspectiva jurídico-pública las obligaciones de las partes. A estos efectos, el artículo 11.4 de la LGTel dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores otras entidades (...) con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. En similares términos se pronuncia el artículo 22 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante Reglamento de Mercados).

En desarrollo de la previsión anterior, la letra c) del artículo 17 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) establece la obligación, a la que se hallan sujetos todos los operadores de comunicaciones electrónicas con independencia de la red o servicio que pretendan explotar o prestar, relativa a *“garantizar la interoperabilidad de los servicios”*.

Asimismo, TME, en cuanto que operador de comunicaciones electrónicas, está vinculado a la condición prevista en el artículo 17.d) del Reglamento de Prestación de Servicios que le obliga a garantizar *“a los usuarios finales la accesibilidad de los números (...) de conformidad con lo recogido en los correspondientes planes nacionales”*.

Como se indicó en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 9 de octubre de 2007<sup>11</sup>, el principio de interoperabilidad garantiza, por tanto, que todos los usuarios de un operador puedan comunicarse entre ellos y con todos los usuarios de los demás operadores, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado. Con ello, se obtiene un mayor beneficio para los usuarios, que pueden acceder así a las distintas ofertas disponibles en el mercado.

De esta manera<sup>12</sup>, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores de red, por su parte, no pueden negarse a permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por operadores de servicios que así lo soliciten.

Por lo tanto, una vez abierta la numeración, TME está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de accesibilidad de los números y de interoperabilidad de los servicios que sólo se entenderán decaídas cuando lo autorice una Resolución de la Comisión

---

<sup>11</sup> Resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por “Editateide, S.L.” frente a “Esto es ONO, S.A.U.” sobre el acceso de los abonados de este último al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de “Editateide, S.L.” (RO 2006/717).

<sup>12</sup> Resolución de 4 de junio de 2009 relativa al conflicto de acceso planteado por Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. frente a la entidad Telefónica Móviles España, S.A., unipersonal en relación con la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos (RO 2009/60).



del Mercado de las Telecomunicaciones o de la SETSI en el ámbito de sus competencias.

### **3 Aplicación de estos criterios al presente conflicto**

El Contrato de Intermediación reconoce a TME la facultad de resolver el contrato por incumplimiento del mismo y, por tanto, evitar de esta manera que cualquier agregador y los operadores que de él dependen se comporten de forma tal que perjudiquen a terceros por la falta de respeto de las previsiones del Código de Conducta.

Como señala la Sentencia de 5 de noviembre de 2009 de la Audiencia Nacional<sup>13</sup>, “(...) la Administración debe garantizar la interoperabilidad de los servicios. Ciertamente, pero siempre que el funcionamiento de los servicios responda a una actuación ajustada a derecho, porque si se produce una perturbación en el servicio esta garantía debe quedar modulada”.

Por lo tanto, aún cuando puede afirmarse un derecho de NVIA a que se garantice la interoperabilidad de sus servicios, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene la capacidad de modularla cuando se produzca una perturbación. En el presente caso, se han producido problemas en la prestación del servicio que aconsejan una respuesta.

En relación con la alegación de NVIA sobre su falta de responsabilidad en los comportamientos denunciados, debe señalarse que NVIA había asumido en el Contrato de Intermediación la responsabilidad relativa al cumplimiento del Código de Conducta. Asimismo, en cuanto que agregador, era la entidad que recibía las quejas e indicaciones de TME sobre las campañas que se ofrecían a través de numeración de SMS Premium de suscripción de los operadores que prestaban servicios a través de su plataforma, la que comunicaba su retirada o los problemas que había y la responsable de las mismas ante TME. Por otra parte, ha resultado acreditado que TME solicitó en reiteradas ocasiones que éstas se retiraran por resultar engañosas y que NVIA reconoció su existencia.

Por otro lado, DATATALK COMUNICACIONES, S.L., sociedad con una directa vinculación empresarial con NVIA<sup>14</sup> y que suministraba sus servicios a través de esta plataforma, era la titular de dos números de SMS Premium de suscripción que han sido cancelados por incumplimiento del Código de Conducta<sup>15</sup>.

Haciendo un balance entre los perjuicios que conlleva la resolución del contrato sobre servicios que han generado múltiples reclamaciones de los usuarios y los

---

<sup>13</sup> Recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de julio de 2006 por la que se declara concluso el periodo de información previa en relación con determinadas restricciones a la interconexión de llamadas a los números 803 432240 y 803 432241 por parte de Vodafone España, S.A. y se resuelve no iniciar un procedimiento sancionador (RO 2006/83).

<sup>14</sup> La vinculación se explicará en el apartado II.3.6 de esta Resolución.

<sup>15</sup> Hay que tener en cuenta que un único número puede soportar múltiples campañas y en consecuencia dar lugar a varios incumplimientos.



beneficios que supondrá para el mercado la permanencia de aquellos agentes que actúan conforme a la normativa, la decisión se inclina favorablemente hacia el segundo escenario. Esto es así pues este segundo supuesto favorece el desarrollo del mercado, protege el derecho de los usuarios y en definitiva la competencia.

En este sentido, la prestación de servicios de suscripción a través de SMS Premium por los operadores vinculados a la plataforma de NVIA además de, en algún supuesto, incumplir la normativa en vigor no ha contribuido a un mayor desarrollo del mercado con nuevos servicios que favorezcan a los consumidores, sino que por el contrario, ha ocasionado múltiples molestias y perjuicios a los usuarios que se ha traducido en un aumento de las reclamaciones y una pérdida de confianza hacia este tipo de servicios por los consumidores, pudiendo llegar a provocar la pérdida de clientes por el operador móvil afectado.

A tenor de lo anterior, parece que existen elementos de juicio suficientes para pensar que NVIA no estaba actuando con la suficiente diligencia para impedir dichas conductas de las que, a tenor de los escritos aportados, era conocedora y responsable por lo que no procede aceptar el mantenimiento de los contratos solicitado por NVIA.

Por otro lado, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tampoco existe ninguna razón basada en obligaciones derivadas de los mercados o de servicio público que justifique la intervención solicitada.

En conclusión, transcurrido el tiempo previsto en el contrato para el preaviso y considerando que no hay elementos jurídicos-públicos más dignos de protección, no existen razones para mantener la vigencia de la relación contractual.

En contestación a la cuestión planteada por NVIA sobre la compatibilidad con las cláusulas de sus contratos con la normativa, esta Comisión considera que la aplicación de las mismas no resulta contraria a las obligaciones de acceso y la garantía de la interoperabilidad previstas en la LGTel y su normativa de desarrollo.

Por último, la resolución del Contrato de Intermediación no puede impedir a NVIA y al resto de los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes la prestación de sus servicios a los clientes de TME. Por lo tanto, mientras sigan siendo operadores titulares de numeración, TME deberá seguir dando acceso a su red a estos operadores de almacenamiento y reenvío bien mediante conexión directa bien a través de otras plataformas.

### **II.3.5 Sobre la nulidad de las condiciones impuestas por TME en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción**

NVIA pide que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012, en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta mi mandante”. En dicho escrito, TME exigía que la contratación de los servicios de SMS Premium de suscripción se realizase mediante contrato firmado y copia del D.N.I. del usuario final.





Esta solicitud de NVIA supone la concreción del procedimiento de altas y bajas entre los operadores móviles y los usuarios. Únicamente si se demostrase que la imposición de esta condición afectase de forma relevante al acceso podría justificarse la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puesto que de no ser así, sólo quedarían afectadas directamente las competencias en materia de derechos de consumidores y usuarios que no entran dentro del ámbito de actuación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sino del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En concreto, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2º y 3º del artículo 10 de la Orden ITC/308/2008 corresponde a la CSSTA la elaboración, aprobación, control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta al que está sujeta la prestación de estos servicios. Asimismo, el apartado séptimo de la Orden PRE/361/2002<sup>16</sup> atribuye al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información la competencia para dictar la Resolución sobre dicho incumplimiento.

Desde el punto de vista de las condiciones de acceso al servicio de SMS Premium de suscripción prestado por NVIA, no ha quedado acreditado que TME haya denegado ningún servicio a NVIA o a cualquiera de los operadores que prestaban sus servicios a través de su plataforma por haber incumplido las nuevas previsiones para las altas en el servicio de los abonados previstas en el burofax de 7 de diciembre de 2012. Ni tampoco que haya sido ese presunto incumplimiento el que ha servido de base a la resolución de los contratos, sino que ha habido múltiples actuaciones que llevaron a TME a tomar la decisión en que trae causa este procedimiento. Por lo tanto, no procede acceder a la solicitud de NVIA.

Todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia tienen atribuidas la CSSTA y el MIEyT en materia de servicios de tarificación adicional y protección de consumidores y usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas.

### **II.3.6 Sobre la apertura de procedimientos sancionadores por infracción de la obligación de las disposiciones relativas al acceso o por incumplimiento de las medidas cautelares**

NVIA solicita la incoación de un procedimiento sancionador por la comisión de las siguientes infracciones:

- Vulneración del artículo 11.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y de las disposiciones relativas al acceso a las redes contenidas en el Reglamento de Mercados al privarle del derecho de acceso e interconexión respecto de los servicios proveídos por NVIA, conducta tipificada como infracción muy grave en el artículo 53.v) de la LGTel.

---

<sup>16</sup> Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, aprobado por la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.



- Incumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 por la que se adoptaron medidas cautelares en el presente procedimiento conforme a lo previsto en el apartado r) del artículo 53 de la LGTel que considera infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”*.

### **Vulneración del artículo 11.2 de la LGTel**

A juicio de NVIA, TME ha asumido competencias atribuidas específicamente por la Ley a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de interconexión y acceso al resolver de forma unilateral e inmediata el contrato vigente entre las partes en materia de SMS Premium puesto que *“está obligada a permitir la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas desde las redes mediante las cuales (...) presta sus servicios de telefonía móvil disponible al público, tal y como se recoge en el artículo 11.2”* de la LGTel y el artículo 22.2 del Reglamento de Mercados.

El artículo 11.2 señala que:

*“Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”*.

Este artículo regula la obligación de interconexión entre las partes, por lo que tratando el presente conflicto un tema de acceso, no sería de directa aplicación. No obstante, podría entenderse que la alegación de NVIA es relativa a un presunto incumplimiento por parte de TME de sus obligaciones de acceso.

Tal y como se ha analizado anteriormente, TME no ha incumplido ninguna obligación de acceso, sino que ha ejecutado las cláusulas de los contratos que tenía firmados cuyo alcance ha sido concretado en la presente Resolución sin que a juicio de esta Comisión dicha actuación suponga el incumplimiento de sus obligaciones de acceso que justifique la apertura de un procedimiento sancionador.

En consecuencia, debe rechazarse la apertura de un procedimiento sancionador a TME por la comisión de una infracción muy grave consistente en el incumplimiento de las obligaciones en materia de acceso a las que está sometida por la vigente legislación y tipificada en el artículo 53.v) de la LGTel.

### **Incumplimiento de la medida cautelar de 8 de marzo de 2012**

Por lo que se refiere al segundo supuesto, es decir, al incumplimiento de la medida cautelar, con fecha 27 de marzo de 2012, NVIA puso en conocimiento de esta Comisión que TME no había cumplido la Resolución de la Comisión del Mercado de



las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 al no haber abierto la totalidad de la numeración prevista en dicha decisión.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicó dicha circunstancia a TME para que aclarase por qué únicamente había abierto 15 números y no había restablecido el acceso al resto de la numeración afectada. TME indicó que sólo había abierto unos pocos números y trató de justificar la falta de apertura del resto.

NVIA planteó que TME debería haber abierto 69 números de servicios SMS Premium<sup>17</sup>, de los cuales TME, según NVIA, había procedido a abrir correctamente 15 de ellos. Del resto, se distinguen las siguientes situaciones:

- 13<sup>18</sup> fueron migrados en el momento de la resolución del contrato por TME a otras plataformas. NVIA considera que una vez adoptada la medida cautelar TME los debería haber vuelto a abrir en su red. Sin embargo, el hecho de que cuando se dictó la medida cautelar ya hubieran migrado y por tanto tuvieran un nuevo acuerdo con otro operador, hace que no se pueda considerar un incumplimiento.
- 2<sup>19</sup> según TME no estaban activados cuando se produjo la suspensión, NVIA señala que eso no es cierto pero no aporta ningún documento que avale su solicitud de apertura a TME en fecha anterior o facturas anteriores que acrediten su activación. Al no haberse acreditado la apertura en la red de TME con anterioridad a la medida cautelar, no puede considerarse se haya incumplido ésta.
- 18<sup>20</sup> pertenecen a los rangos 995ABM y 997ABM y corresponden a servicios para adultos que no eran de suscripción. TME entendió que la suspensión prevista en la medida cautelar alcanzaba a estos números. NVIA argumenta que la medida cautelar especifica que *“está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 795ABM, 797ABM, 995ABM y 997ABM”*. Luego toda la numeración que comienza por 79, que la Orden ITC/308/208 atribuye exclusivamente a servicios de tarificación adicional de suscripción, estaba excluida. Sin embargo, no puede predicarse dicho carácter respecto de la numeración que comienza por 99, puesto que son servicios para adultos que pueden soportar o no servicios de suscripción.

Los servicios de suscripción para adultos se definen como aquéllos que se prestarán con numeración comprendida dentro del rango dedicado a adultos

---

<sup>17</sup> Se adjunta un Anexo con la relación de todos los números que NVIA indicó que se gestionaban a través de su plataforma hasta el día 21 de febrero de 2012, ordenados en función de las causas de apertura o falta de apertura tras la aprobación de la medida cautelar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

<sup>18</sup> 25759, 27574, 27889, 25700, 25705, 27172, 27350, 27351, 27476, 27530, 27675, 27775 y 37222

<sup>19</sup> 35053 y 25777

<sup>20</sup> 995005, 995300, 995498, 995522, 995656, 995666, 995683, 995756, 995800, 995974, 997123, 997200, 997371, 997447, 997468, 997596, 997820 y 997888



(995ABM, 997ABM y 999ABMC) aunque manteniendo los requisitos de los servicios de suscripción y, en particular, el precio máximo de 1,2 € por mensaje recibido<sup>21</sup>. Por lo tanto, este tipo de servicios fueron englobados dentro de la modalidad d) de la Orden ITC/308/2008 en lugar de utilizar los rangos atribuidos a la modalidad de suscripción. NVIA señala que TME conocía cuáles eran los números que daban servicios de suscripción y que 18 de ellos eran sólo de adultos y deberían haber sido abiertos.

La Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares era muy clara con respecto a la numeración que no debía abrirse por TME: los servicios de tarificación adicional de suscripción. Por lo tanto, TME debería haber abierto el acceso a todos aquellos números incluidos los de adultos que no entraban en esa categoría (17 números<sup>22</sup>).

- 17<sup>23</sup> habían sido habilitados a NVIA y a DATATALK (4 incluidos en los rangos 995ABM y 997ABM). TME entendió que la medida cautelar excluía la numeración de NVIA. Aunque la redacción de la medida cautelar no es clara sobre si los números de NVIA que no perteneciesen a servicios de suscripción debían o no ser abiertos, se admite que de su literalidad pueda excluirse esos números.

En cuanto a la numeración de DATATALK, TME señala que esta entidad y NVIA pertenecen al mismo grupo empresarial en base a las siguientes consideraciones:

*«NVIA GESTION DE DATOS S.L., tiene como órganos de Administración el Consejo de Administración (Presidente: JOSE MARIA LAMAS SANCHEZ, vocal: VICTOR LAMAS SANCHEZ y Consejero Delegado: VICTOR LAMAS SANCHEZ), y como socios partícipes, entre otros, a la mercantil “PLANET ARENA S.L. vinculada con Víctor [Lamas], que coincide como participe en ambas sociedades (Nvia y Datatalk). El Domicilio social hasta marzo 2012 estaba en C/ Castillo de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, y desde Marzo 2012 han cambiado el domicilio social a C/ Alcalá 85, planta 6º de Madrid (coincidente con el de Datatalk). Como Documento 1 se adjuntan los documentos correspondientes del Registro mercantil.*

*DATATALK Comunicaciones, S. L. tiene como órganos de Administración al Administración Único que es VICTOR LAMAS SANCHEZ, y son socios partícipes, entre otros, Nvia que es titular de un 25% de las participaciones y la sociedad Planet Arena S.L, con vinculación de Víctor Lamas con dicha sociedad. El domicilio social de la*

---

<sup>21</sup> Modificación del Código de Conducta de 2 de julio de 2010.

<sup>22</sup> De los 18 se elimina uno de NVIA por no ser la Resolución clara en ese punto.

<sup>23</sup> DATATALK: 25666, 27222 (cancelada Resolución de la SETSI 25 de octubre de 2011), 27270, 35522, 37722, 995656, 997200, 997447 (estos tres últimos están incluidos en los 18 antes señalados). NVIA: 25070, 25530, 25860, 25900, 27080, 27271, 27722, 37376 y 995800 (el último incluido en los 18 antes señalados).



*sociedad tenía su domicilio social en c/ Camino de Antequera nº 72 de Villanueva de la Cañada, pero a partir de Marzo 2012 ha cambiado el domicilio social a C/ Alcalá nº 85, planta 6º de Madrid (se adjuntan documentos del Registro mercantil)».*

Asimismo, TME señala que en las relaciones operativas y comerciales con TME, las comunicaciones se hacen indistintamente con la identificación de una u otra mercantil. Además, TME continúa destacando que el número 27222 de DATATALK se suspendió por la SETSI en la Resolución de 25 de octubre de 2011<sup>24</sup>.

Aún cuando NVIA y este operador podrían considerarse del mismo grupo empresarial, la Resolución también era clara en su pronunciamiento sobre este extremo. En este sentido y teniendo en cuenta el carácter claramente restrictivo de la Resolución por la que se adoptan medidas cautelares, la interpretación debería haber sido ajustada al estricto contenido de la misma sin que cupieran interpretaciones extensivas a otros supuestos no específicamente incluidos como sociedades del grupo empresarial, participadas o con cualquier otro tipo de relación.

- 3<sup>25</sup> no figuraban como asignados en el Registro de Numeración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. NVIA señala que “se recibieron indicaciones por los titulares de esa numeración para que se activara con anterioridad a la resolución del contrato”. Consultado el Registro de Numeración de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se comprueba que esos números habían sido cancelados en 2010 y 2011 por lo que TME actuó correctamente.

- 4<sup>26</sup> según TME le fueron comunicados como de NVIA cuando en realidad estaban asignados a otros operadores. NVIA no aporta la Carta de Aceptación ni ningún otro documento que pruebe que no es cierto lo afirmado por TME. Estos números fueron asignados a NVIA en el año 2008 pero posteriormente fueron transmitidos a otros operadores. No se ha recibido ningún documento que acredite la notificación de esta circunstancia a TME por lo que no procede considerar que este operador haya incumplido la medida cautelar respecto de estos cuatro números.

- El número 27003 que TME reconoce que no se abrió en plazo por un error sin que indique si se abrió posteriormente, por lo que deberá considerarse como incumplimiento de la medida cautelar.

Además, de los 15 números que TME abrió tres de ellos (25654<sup>27</sup>, 25737<sup>28</sup> y 25683<sup>29</sup>) estaban cancelados por lo que sorprende que NVIA reclamase su apertura y que

---

<sup>24</sup> Resolución de 22 de febrero de 2012 sobre la cancelación de numeración para servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia al operador Datatalk Comunicaciones, S.L. (DT 2011/2820).

<sup>25</sup> 27472, 27595 y 37775

<sup>26</sup> 37378, 25251, 27371 y 37371 (Resoluciones de asignación a NVIA: DT 2008/176, DT 20081811).



TME que, en otros casos sí detectó que la numeración estaba cancelada, no lo hizo en estas tres ocasiones.

Por lo tanto, se puede concluir que TME no ha procedido a la apertura de todos los números previstos en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012 ni ha justificado de forma suficiente la negativa a abrir algunos de ellos, en concreto diecisiete de adultos que no eran de suscripción, cuatro más asignados a Datatalk Comunicaciones, S.L. y el 27003 de Operalia Corporación Empresarial, S.L.

En consecuencia, ante el presunto incumplimiento de TME de la medida cautelar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de marzo de 2012, procede la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en el apartado r) del artículo 53 de la LGTel.

#### **4 Tipo infractor.**

El artículo 53 apartado r), de la Ley General de Telecomunicaciones, tipifica como infracción muy grave la actividad consistente en *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos realizados por TME pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo 53, apartado r), de la Ley General de Telecomunicaciones.

#### **5 Sanción que pudiera corresponder.**

Según lo establecido en el artículo 56.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones, las sanciones que pueden ser impuestas a la mencionada infracción son las siguientes: Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último

---

<sup>27</sup> Resolución de 14 de diciembre de 2010 sobre la solicitud de Call España 24h, S.L. de cancelación de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2010/2062).

<sup>28</sup> Resolución de 29 de marzo de 2011 sobre la solicitud de Call España 24h, S.L. de cancelación de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2011/633).

<sup>29</sup> Resolución de 30 de junio de 2011 sobre la solicitud de mSales GmbH de cancelación de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2011/1396).





ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

## **6 Órgano competente para resolver.**

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente Ley General de Telecomunicaciones, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá *«a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1. ° Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»*

## **7 Procedimiento.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, el procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones Públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

## **II.4 CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES**

A continuación procede contestar a las alegaciones formuladas por los interesados y que no han sido aclaradas anteriormente.

### **Responsabilidad por los incumplimientos**

NVIA, Meztura, Translease, Hispatel, Anekis y R&D consideran que el hecho de que la numeración, a través de la que se cometieron las conductas que dieron lugar a la actuación de TME, no se les hubiera asignado a ellos, sino que los operadores habilitados eran otros impide a TME tomar en consideración esos hechos para justificar la resolución del contrato. En este sentido plantean *“hasta qué punto puede afectar la privación del derecho de acceso a mi representada por unas conductas presuntamente infractoras directamente imputables a los prestadores de servicios de mensajes cortos y Premium que se conectan con la plataforma de NVIA<sup>30</sup>”*.

En primer lugar, R&D es uno de los operadores titular de un número que ha sido cancelado como consecuencia de una Resolución de la SETSI por incumplimiento del Código de Conducta.

---

<sup>30</sup> Alegaciones al informe de audiencia de NVIA, Meztura, Translease, Hispatel y Anekis.



En segundo lugar y respecto a los demás, el problema consiste en que no puede mantenerse el contrato de agregador respecto de unos operadores y no respecto de otros porque regula una única relación entre TME y NVIA aunque haya terceros afectados. En la presente Resolución, se analiza únicamente el Contrato de Intermediación. Respecto a terceros afectados, se estableció en la medida cautelar un plazo para que los operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes pudieran adoptar las medidas que considerasen oportunas ante la posibilidad de que el contrato se resolviera. Entre esas medidas, se encontraba la de migrar a otras plataformas. En cualquier caso, TME deberá mantener el acceso a los operadores cuya numeración esté habilitada.

Por último señalar que no corresponde a esta Comisión la determinación de posibles daños y perjuicios derivados de la actuación de TME.

### **Prueba y alcance de las irregularidades cometidas en la prestación del servicio**

NVIA, Anekis, Meztura, Hispatel y Translease alegan que el incumplimiento por dos entidades que prestan sus servicios a través de su plataforma, en referencia a las dos entidades a las que se les canceló la numeración, no debe actuar en perjuicio del resto de los operadores, *“máxime si esas dos entidades hubieran impugnado las resoluciones dictadas en vía administrativa y se encontrasen los recursos formulados en el ámbito jurisdiccional, careciendo de firmeza las resoluciones dictadas”*. R&D también cuestiona en su escrito la posibilidad de tomar en cuenta unas resoluciones que están recurridas.

La primera parte de la afirmación relativa a incumplimientos de terceros ya ha sido contestada. En cuanto a la falta de firmeza de las resoluciones dictadas en vía administrativa, el artículo 57 en concordancia con el artículo 94 de la LRJPAC prevé que los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumen válidos y son inmediatamente ejecutivos.

Por otro lado, la presente resolución no sólo ha tenido en cuenta las resoluciones por las que se bloqueó el acceso o se cancelaron determinadas numeraciones de SMS Premium, sino también otras pruebas como el número de quejas recibidas por TME de sus usuarios o las reiteradas reclamaciones de TME a NVIA para que modificase determinados servicios.

### **TME permite que otros operadores presten esos mismos servicios**

Los operadores de SMS Premium denuncian un trato discriminatorio por parte de TME pues permite a otros operadores prestar servicios SMS Premium de suscripción sin exigirles el cumplimiento las garantías de contratación que a ella le impuso en su burofax de 7 de diciembre de 2011.

TME alega como razones para la suspensión del acceso el incumplimiento de las cláusulas 4.1, 10 y 13 del Contrato de Intermediación y las reclamaciones presentadas por los usuarios<sup>31</sup>. En ningún momento, se ha considerado el

---

<sup>31</sup> En la contestación a la demanda de NVIA (pág. 24), este operador reconoce que *«La actora [TME] sostiene como causa de resolución del contrato para la intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros como del contrato de colaboración en servicios de mensajería, el*



incumplimiento de las condiciones de contratación de los servicios SMS Premium de suscripción establecidas en el burofax de 7 de diciembre de 2011 como motivo para la resolución del Contrato de Intermediación y su anexo.

Por lo tanto y sin perjuicio de lo que la SETSI en cuanto órgano competente en la materia pueda señalar, no existen elementos que permitan concluir una vinculación entre la resolución del contrato y el incumplimiento de las condiciones previstas en el mencionado burofax, sino que se ha fundamentado en las condiciones de prestación de los servicios que inducían a los usuarios a confusión sobre los servicios que contrataban.

En consecuencia, no procede valorar la existencia de trato discriminatorio por cuanto no se ha probado que TME haya denegado ningún servicio a NVIA o cualquiera de los operadores que prestaban sus servicios a través de su plataforma por haber incumplido las condiciones previstas en el burofax de 7 de diciembre de 2012.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

## RESUELVE

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

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

---

*presunto incumplimiento de mi mandante (...) por fomentar la “suscripción de los servicios vía web, mediante la utilización de campañas publicitarias engañosas , como reclamo para conseguir las suscripciones”»*

---



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

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

**SEXTO.-** El indicado procedimiento sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

**SÉPTIMO.-** Nombrar Instructora del procedimiento sancionador a Doña Rocío González Valderrábano quien, en consecuencia, quedará sometida al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, puesto en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el interesado en el presente procedimiento dispone de un plazo de un mes, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.



- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que la Instructora del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

**NOVENO.-** En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra la Instructora, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**DÉCIMO.-** En el supuesto de que la entidad Telefónica Móviles España, S.A.Unipersonal reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

**UNDÉCIMO.-** Este Acuerdo deberá ser comunicado a la Instructora nombrada, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado al interesado.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998,



de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 3 del artículo 48 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).***