



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de abril de 2004 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2003/1162** se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN SUSCITADO POR VODAFONE ESPAÑA, S.A. CONTRA RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. RELATIVO AL SERVICIO COMERCIAL DE MENSAJERÍA MULTIMEDIA (MMS).

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Interposición del conflicto. Con fecha 18 de julio de 2003, tuvo entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín, en nombre y representación de la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, VODAFONE), por el que se interponía conflicto de interconexión contra la entidad RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en lo sucesivo AMENA) en relación con el servicio comercial de mensajería multimedia (MMS).

Concretamente, VODAFONE señalaba en su escrito:

? *“Que Vodafone, en diciembre de 2002 acordó con Retevisión Móvil, facilitar el intercambio de mensajes MMS entre los clientes de ambas redes. Para facilitar la operativa (...) se adoptaron las medidas técnicas*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

necesarias para facilitar el mencionado intercambio de mensajes MMS y, en la confianza de la buena fe de ambas partes, se acordó verbalmente formalizar el acuerdo por escrito en un momento posterior en el que se establecerían las condiciones de prestación del servicio inter-operadores así como los diferentes niveles de precios, según las necesidades de los servicios prestados por cada compañía. Posteriormente, en fecha 28 de febrero de 2003, (...) ambas compañías acordaron las condiciones de prestación del servicio. En el curso de la reunión resultó imposible llegar a un acuerdo en los precios. (...).

- ? *Que Vodafone (...) envió el 28 de mayo de 2003 una carta a Amena en la que se aceptaba la oferta económica que ésta le había realizado para el servicio de MMS el 26 de febrero de 2003; al entender que, puesto que no ha habido ninguna circunstancia que haya modificado las condiciones en las que se presentó la oferta por parte de Amena, esta compañía estaría de acuerdo con la aceptación por parte de Vodafone.*
- ? *Que (...) en su carta de 16 de junio de 2003 Amena ha declarado no admitir la carta de aceptación de Vodafone de las condiciones económicas que ella misma había realizado el 26 de febrero, manteniendo esa postura en todos los contactos que ambas empresas han mantenido con posterioridad.*
- ? *Que, ante esta negativa, Vodafone considera agotadas todas las posibilidades de llegar a un acuerdo en materia de precios en el marco de la negociación actual que ya supera los seis meses, por lo que, mediante el presente escrito, solicita la intervención de esa Comisión.*
- ? *Que existiendo acuerdo entre las partes en cuanto a la prestación del servicio, las condiciones técnicas de la misma así como sobre los precios ofertados por Vodafone para su servicio, el conflicto de interconexión (...) tiene por objeto exclusivamente los precios del servicio prestado por Amena y más concretamente la negativa de dicha compañía a respetar la oferta realizada a Vodafone el 26 de febrero de 2003.”*

En consecuencia, VODAFONE solicitaba de esta Comisión que “*inste a AMENA a suscribir el Acuerdo de Interoperabilidad de MMS en los términos de prestación técnica del servicio que fueron libremente acordados entre las partes con fecha 28 de febrero de 2003, con las condiciones económicas para los servicios de Amena que fueron ofertadas el 26 de febrero de 2003*”.

Segundo.- Apertura del procedimiento administrativo. A la vista de la solicitud presentada por VODAFONE, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la legislación sectorial de aplicación vigente en su momento, y con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LRJPAC, procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Dicho trámite fue comunicado a los interesados, VODAFONE y AMENA, mediante escritos con fecha de salida de 25 de julio de 2003 por los cuales se les informaba de que, en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Requerimientos de información. Por resultar necesario para la continuación del procedimiento, se requirió a los interesados, VODAFONE y AMENA, mediante escritos de fecha de salida 28 de julio de 2003, que comunicaran:

- ? *Si en las negociaciones posteriores al 26 de febrero de 2003 se han propuesto precios distintos a los referidos más arriba¹. En su caso, copia de las propuestas de precios realizadas por AMENA o por VODAFONE. En el caso de que consten actas de las citadas negociaciones, copia de dichas actas, o en su defecto, el contenido de las mismas.*
- ? *Si se ha llegado a un acuerdo con TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (TME) para facilitar el intercambio de mensajes MMS entre los clientes de ambas redes. En su caso, copia del acuerdo alcanzado así como de los niveles de precios firmados por cada compañía.*

VODAFONE cumplimentó el citado requerimiento de información mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2003, señalando que:

- ? *“no había efectuado otra oferta económica distinta a la contenida en el correo electrónico de 26 de febrero de 2003. (...) Amena mostró su conformidad con la idea de adaptar las clases de volúmenes de las tarifas para MMS a la recomendación de la Asociación GSM. Si bien Amena no formalizó ninguna nueva oferta de precios que modificase la que había realizado, expresó verbalmente su intención de establecer un esquema de facturación en interconexión en el que el precio de terminación del servicio MMS en su red fuera superior en un 10% al precio que determinara Vodafone para su servicio, independientemente de cuál fuera éste.*
- ? *no ha alcanzado ningún acuerdo con TME sobre el intercambio de MMS entre sus respectivas redes.”*

¹ Los precios a los que se refiere se corresponden con la propuesta inicial remitida por correo electrónico de fecha 26 de febrero de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AMENA cumplimentó, igualmente, el citado requerimiento mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2003 en el que manifestaba que:

- ? *“Existen ciertos actos previos a un acuerdo que constituyen los llamados preliminares del contrato consistente en negociaciones, tratos, reflexiones o conversaciones. (...) Estos tratos previos son intrascendentes jurídicamente, no producen obligaciones, ni siquiera la de mantener las ofertas hechas o de no romper bruscamente las mismas, en caso de ruptura de un trato previo, por ejemplo, no produce, en principio, ninguna responsabilidad porque esencialmente no ha nacido ninguna obligación.*
- ? *Es la propia Vodafone quien manifiesta y reconoce expresamente en su escrito la existencia de negociaciones y reuniones infructuosas (...) lo que pone de manifiesto que la propuesta inicial de Amena había provocado cierto debate y cuyo contenido no satisfizo a las partes, circunstancias que impidió poder llegar a un acuerdo. Amena entiende que las discrepancias surgidas entre las partes son consecuencia normal de un proceso negociador, máxime si lo que se negocia es la interoperabilidad de MMS, servicios ciertamente novedosos.*
- ? *Los correos que se adjuntan evidencian un proceso negociador abierto, en el que se continuaban discutiendo aspectos técnicos, económicos y de otra índole. En cambio, Vodafone pretende, con cierta manipulación y deformación intencionada de los hechos, dotar de fuerza vinculante a una propuesta inicial mediante la interposición de un conflicto de interconexión, forzando, de este modo, la voluntad negociadora del operador.*
- ? *(...) la propuesta inicial de Amena fue contraofertada tal y como se pone de manifiesto el correo electrónico enviado por Vodafone el 3 de marzo de 2003. A la vista del mismo, se constata que efectivamente hubo propuestas de precios distintos por parte de Vodafone, lo que evidencia que el proceso negociador continuaba abierto, anulando en consecuencia, la posible fuerza vinculante de la propuesta realizada por Amena el 26 de febrero.*
- ? *Que las negociaciones con Telefónica Móviles sobre servicios MMS, continúan abiertas sin que hasta el momento se haya llegado a un acuerdo definitivo que satisfaga plenamente los intereses de las partes, aunque ciertamente la voluntad de las partes es llegar libre y voluntariamente a un acuerdo en fecha muy próximas.”*

AMENA, además, realiza un análisis de la doctrina civilista sobre la fuerza vinculante o no de una oferta y de la intención del oferente de obligarse contractualmente. AMENA solicita que se declare la inexistencia de un conflicto material de interconexión con VODAFONE y, en su defecto, se rechace las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pretensiones de VODAFONE y se resuelva en función de unos criterios objetivos, determinantes para la culminación de un Acuerdo de Interoperabilidad de MMS.

Cuarto.- Alegaciones anteriores al trámite de audiencia. Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2003 AMENA presentó alegaciones anteriores al trámite de audiencia en las que manifestaba que:

- ? *“el servicio MMS, además de los sistemas propios y aplicaciones que le caracterizan, utiliza una parte de la red que resulta común a prácticamente la totalidad de los servicios a clientes que es la red de acceso. (...) La red de acceso de los operadores móviles españoles tiene diferencias claras y definitivas entre ellos mientras que tanto Telefónica Móviles como Vodafone son operadores que han desplegado redes basadas en frecuencias en 900 MHz siendo la utilización de las frecuencias de 1800 MHz exclusivamente para capacidad, Amena únicamente es titular de frecuencias en la banda de 1800 con los perjuicios de índole técnico y económico que ello comporta. La diferencia en la utilización de estas frecuencias 900/1800 MHz condiciona claramente los costes en los que hay que incurrir para prestar el servicio en condiciones de calidad y cobertura similares.*
- ? *(...) resulta muy complicado determinar un precio de interconexión de un servicio nuevo, como es la mensajería multimedia. (...) Esto no significa que la CMT no deba resolver el conflicto interpuesto por Vodafone, sino que dadas las circunstancias lo más aconsejable sería establecer un criterio de fijación de precios y no los precios de terminación. Este criterio (...) debería señalar claramente que independientemente de cual sea el precio de interconexión que se considere más adecuado por ambas partes existen razones objetivas que justifican que los precios que fije Amena sean superiores a los precios de terminación en Vodafone esto es, que se señale claramente la justificación de la asimetría en los precios de terminación.*

AMENA acompaña su escrito de documentación relativa a las diferencias existentes entre las redes GSM 900 y DCS 1800, así como de la decisión del Consejo del Órgano Regulador belga, Institut Belge des Postes et des Télécommunications (IBPT), de 4 de julio de 2003, relativa a la adjudicación de frecuencias radioeléctricas a los operadores de telefonía móvil GSM.

De los antecedentes relatados se deduce que ha habido una evolución en el objeto del conflicto, pasando de la solicitud de VODAFONE de fijación del precio de terminación del servicio de mensajería multimedia, a la solicitud de las partes de que se establezca un criterio de fijación de precios, más que la determinación de un precio concreto para este servicio. AMENA,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concretamente, solicita se reconozca su derecho a fijar un precio de terminación en su red más alto, consecuencia de las diferencias objetivas existentes entre las redes de telefonía de las dos partes en conflicto, declarándose justificada la asimetría de precios de terminación para este servicio de mensajería multimedia.

Quinto.- Trámite de audiencia. De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, con fecha 13 de enero de 2004 se procedió a la apertura del trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Con fecha 30 de enero de 2004, VODAFONE presentó escrito en el que manifestaba parcialmente su conformidad con la propuesta adjunta al trámite de audiencia. Concretamente, manifestaba su disconformidad al entender que la propuesta enviada por AMENA el 26 de febrero de 2003 era una oferta contractual vinculante, al considerar *“intranscendente el hecho de que la oferta inicial de Amena fuera contraofertada (...) por el envío de un correo electrónico de 3 de marzo de 2003”*.

AMENA presentó escrito de alegaciones con fecha 9 de febrero de 2004, en el que manifestaba su disconformidad con el informe que se acompañaba al trámite de audiencia. Concretamente, AMENA entiende que el coste unitario para el servicio MMS debería ser mayor en su red como consecuencia del coste mayor de su red de acceso, además de por la existencia de otros elementos de costes que la diferencian de otros operadores. Estos serían costes directos e indirectos atribuibles al servicio, bien sean costes de actividades de red, bien actividades comerciales o de soporte. Entiende que de un análisis cualitativo de las diferencias de costes resulta claramente demostrativo los mayores costes existentes en su red. AMENA considera, además, que la existencia de precios diferenciados es perfectamente compatible con la defensa de la libre competencia si responde a una diferencia de costes, y que no produciría esa diferencia de precios de terminación ninguna ventaja competitiva para AMENA al ser distintos los costes del servicio MMS. Sólo en el caso de que los costes del servicio MMS fueran iguales, podría entenderse como una ventaja competitiva un precio de terminación superior en su red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, (en adelante LGTel), en su artículo 48.2, dispone que la 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 en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Para el ejercicio de este objeto, el punto 3 del mismo artículo atribuye a la Comisión determinadas funciones, entre las que se encuentran: *“d) 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”*. Similar previsión se establece en el artículo 2.6 del Reglamento de Interconexión, acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión), que dispone que la Comisión habrá de resolver los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión.

La LGTel modifica el actual régimen de las telecomunicaciones, derogando la normativa anterior. Así, en la Disposición Derogatoria Única, además de la derogación expresa de determinadas disposiciones generales, se concluye con una derogación tácita, de *“cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”*. Bajo esta perspectiva, en consecuencia, habrá de aplicarse el Reglamento de Interconexión, en todo lo referente a los derechos y obligaciones de interconexión y acceso reconocidos en la actual Ley General de Telecomunicaciones.

Tal y como han manifestado las partes, el acuerdo que permita la prestación de este tipo de servicios no se ha formalizado, al no llegar a un consenso sobre las condiciones económicas en la prestación de los servicios. Al objeto de que las partes puedan llegar a un acuerdo satisfactorio que permita la interoperabilidad de este tipo de servicios y la garantía del acceso a sus redes, esta Comisión resolverá el conflicto planteado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 y 14 de la LGTel.

SEGUNDO.- Descripción del funcionamiento técnico del servicio de mensajería multimedia (MMS).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El denominado Servicio de Mensajería Multimedia (MMS-Multimedia Messaging System) es un estándar abierto de mensajería móvil, elaborado por el Foro WAP y 3GPP. La especificación 3GPP TS 23.140 define la arquitectura de red y las funciones generales, mientras que las especificaciones del Foro WAP definen el encapsulado de los mensajes y los protocolos de aplicaciones.

Este sistema se presenta como una evolución de los servicios de mensajerías anteriores, más que como una revolución. En su diseño se busca proporcionar al usuario una experiencia similar a que se obtiene con los servicios de mensajería SMS, con la novedad de permitir la inclusión de elementos multimedia. De esta forma, los usuarios pueden intercambiar mensajes que incluyan imágenes fijas, animaciones, audio e, incluso, vídeo. De igual forma, el intercambio se podrá realizar no sólo entre usuarios que tengan terminales móviles que permitan MMS, sino también es posible la interacción con sistemas de correo electrónico, de modo que se puedan enviar mensajes MMS a una dirección de correo electrónico y recibir contenidos desde cuentas de correo electrónico. En estos casos, será necesario realizar una conversión del formato del mensaje. Con relación a los contenidos, no se requiere ningún formato específico, aunque el estándar recomienda una serie de formatos como JPEG, GIF, texto, voz AMR, vídeo H263, etc.

El estándar no especifica un tamaño máximo para el mensaje, a diferencia de lo que ocurría con el sistema de mensajería anterior (SMS con 160 caracteres como máximo), sino que el tamaño medio suele estar comprendido entre 30 y 100 KB. Sin embargo, al igual que el servicio SMS, no es un servicio en tiempo real, sino que mantiene la filosofía del almacenamiento y reenvío: los mensajes enviados por un terminal móvil son almacenados en el servicio MMSC (Multimedia Messaging Service Center), quien a su vez reenvía al receptor, tras localizarle, un mensaje de notificación. Una vez recibida la notificación, el terminal receptor puede rechazar el mensaje o descargarlo de forma manual o automática, de inmediato o en un momento posterior, según permita la configuración específica del operador de red o el perfil de usuario. El mensaje se borra del servidor MMSC una vez entregado al receptor. Si el terminal receptor no se encuentra localizable, el mensaje MMS se almacena en el MMSC hasta que aquél esté operativo.

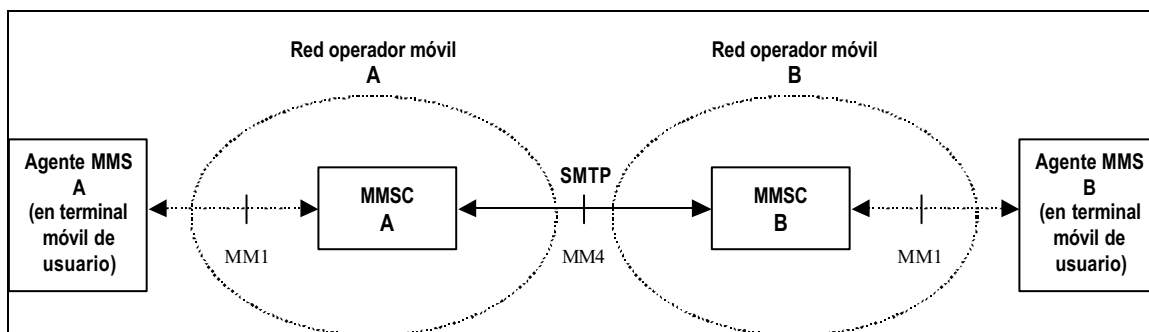
La arquitectura de red establece un conjunto de elementos de red y define múltiples interfaces para permitir el intercambio de mensajes MMS entre diferentes sistemas, incluso en diferentes redes.

A los efectos que aquí interesan, esto es, la interoperabilidad entre redes móviles de distintos operadores, el estándar definido para los servicios MMS contempla la comunicación del MMSC con los MMSC de otros operadores o prestadores de servicios. Dicha relación, como se muestra en la figura, se establece mediante el uso del protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la figura se representa la interfaz MM4 a través de la cual se produce el intercambio de mensajes entre operadores o prestadores de servicios distintos.



Esta posibilidad, es decir, la conexión directa de los MMSC de distintos operadores, representa una mejora con respecto al escenario previsto en las especificaciones GSM para el intercambio de mensajes cortos SMS entre distintos operadores. En este último caso, la ausencia de una conexión directa entre los SMSC de operadores diferentes dificulta la interoperabilidad de servicios de valor añadido prestados sobre SMS, entendida esta interoperabilidad como el intercambio de mensajes SMS entre un proveedor de servicios conectado al SMSC de una red móvil y un usuario final de otra red móvil. Así, un proveedor de servicios de valor añadido sobre mensajes cortos SMS independiente debe conectarse a todos los SMSC de los operadores para acceder a todos los usuarios móviles. Sin embargo, en el entorno definido para la mensajería MMS, el prestador de servicios MMS independiente podrá conectarse a un único MMSC para transferir mensajes a redes diferentes de la que está físicamente conectado.

La conexión entre MMSC de dos redes distintas permite que el intercambio físico de mensajes MMS entre una y otra red, bien a un terminal de destino móvil o bien a un proveedor de servicios de valor añadido, se realice a través de dicha conexión, estableciéndose de este modo el punto de interconexión de ambas redes para la transferencia de mensajes MMS.

Ahora bien, la facturación de este tipo de servicios no se realiza por tiempo de conexión, sino por el volumen de los datos transferidos en cada mensaje MMS. La especificación TS 23.140 establece que el tamaño de un mensaje vendrá determinado por la suma de los octetos (bytes o agrupaciones de 8 bits) que componen los diferentes elementos de un mensaje MMS (básicamente, datos de cabecera y campos de información en los diferentes formatos soportados). Por tanto, en el punto de interconexión específico para el intercambio de mensajes MMS entre dos redes, habrá de registrarse cuál es el tamaño de cada mensaje intercambiado y facturar en interconexión de acuerdo con dicho tamaño.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Requisitos necesarios para calificar como oferta contractual vinculante la propuesta de precios de 26 de febrero de 2003 realizada por AMENA.

VODAFONE, de acuerdo con lo señalado en su escrito de interposición, entiende que el correo electrónico enviado por AMENA el 26 de febrero de 2003 constituye una oferta en firme de precios para el servicio MMS.

En este sentido, hemos de tener en cuenta que el periodo previo y los tratos preliminares a la oferta en firme son muy comunes en todo tipo de negociaciones, cuanto más en la negociación de un servicio novedoso, cual es el que nos ocupa, la mensajería multimedia. Lo normal es que ambas partes hagan cálculos y valoren las posibilidades mutuas, para poder señalar los eventuales términos en los que cabría concluir el contrato en cuestión, siendo muy corrientes los tratos como antesala de la verdadera contratación, sobre todo en lo que al precio del servicio se refiere. En estos tratos previos las partes actúan con total libertad a la hora de expresar sus ideas con objeto de llegar o no a la conclusión de un contrato satisfactorio para ambas, no llegando a obligarse al no tratarse de ofertas contractuales propiamente dichas.

Según la documentación aportada en el expediente, las partes estaban inmersas en un proceso negociador, en el cual se habían adoptado las medidas técnicas necesarias para facilitar el intercambio de mensajes, si bien no se había acordado el precio del servicio. Resulta claro que las partes mantuvieron reuniones con el fin de llegar a un acuerdo en el precio del servicio sin que, al final, se llegara a determinar, con lo que la propuesta de AMENA no era una oferta en firme, puesto que no reunía los requisitos que la doctrina entiende necesarios para que la oferta pueda entenderse como tal. En este sentido, como pone de relieve nuestra doctrina civilista, para que una oferta exista es preciso que la declaración contenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, en caso de recaer aceptación, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación. Por tanto, no se considerará oferta cuando para la perfección del contrato se necesite de algún otro acto.

De los correos electrónicos remitidos por las partes se deduce claramente que las mismas están negociando sobre un servicio y, más concretamente, sobre el precio del mismo. No se dirige, ni por VODAFONE ni por AMENA, una oferta a la otra parte, sino propuestas que sirvan de base sobre la que discutir un precio y unos escalones determinados. Así, el proceso negociador se inicia en diciembre de 2002 con la determinación de intercambiarse mensajes de este tipo adoptando las medidas técnicas necesarias y dejando, para un momento posterior, el precio del servicio. La determinación de éste se inicia el 20 de febrero de 2003 con un correo electrónico dirigido a AMENA por VODAFONE en el que se le remite el acuerdo de interoperabilidad, versión 1, propuesta por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE con una propuesta concreta de precios y escalones de facturación. Se continúa con la remisión de correos electrónicos, en fechas 21 y 24 de febrero por parte de VODAFONE a AMENA, en el que se remite una nueva versión del acuerdo de interoperabilidad en la que se añaden cláusulas de actuaciones en caso de envíos masivos de mensajes, con una propuesta de precios por parte de VODAFONE. A continuación, el 26 de febrero, AMENA remite a VODAFONE otro correo en el que se ponen de acuerdo en la fecha de celebración de una reunión en la cual se discutirá sobre los precios, adjuntado una propuesta de precios distinta de la remitida por VODAFONE. No obstante, no resulta ser esta la última propuesta de precios, tal y como parece desprenderse de los escritos presentados por VODAFONE, ya que el 3 de marzo las partes vuelven a remitirse correos electrónicos con nuevas propuestas de precios y escalones.

En este sentido, no podemos afirmar que las propuestas de ninguna de las partes pudieran ser consideradas ofertas y contraofertas contractuales en sentido estricto, sino, más bien, propuestas dirigidas a alcanzar, en el seno de un procedimiento negociador, un acuerdo de interoperabilidad para el servicio de Mensajería Multimedia.

De este modo lo han entendido las partes, y así lo ha manifestado AMENA en su escrito de fecha 11 de agosto de 2003. AMENA señala, además, que es práctica habitual entre los operadores respetar ciertas formalidades en la emisión de una oferta en firme, tales como que se realice por la persona que ostenta la debida representación de la compañía e igualmente dirigida a la persona que tiene la facultad de poder aceptar o no la citada oferta; del mismo modo, se entiende la fecha de expedición y recepción y la elección de conductos más formales, tales como el correo certificado o mensajero, que puedan acreditar la fecha de envío y recepción; así como el plazo de aceptación de la oferta.

Ninguna de estas formalidades se han adoptado en la propuesta realizada por AMENA el 26 de febrero de 2003, con lo que no puede concluirse que la citada propuesta pueda ser considerada como una oferta vinculante.

Y aún en el caso de que pudiera considerarse esa propuesta de precios de AMENA como una oferta contractual vinculante, tampoco podría entenderse que se mantenía vigente a fecha 28 de mayo de 2003, fecha en que VODAFONE aceptó la supuesta oferta de AMENA. Como anteriormente se ha señalado en los antecedentes de hecho, VODAFONE entiende, en su escrito de alegaciones, como intranscendente el hecho de que la oferta de AMENA fuera contraofertada por VODAFONE por el envío de un correo electrónico de 3 de marzo de 2003. Atendiendo a lo establecido en el Código Civil en su artículo 1261, para que exista contrato es necesario que concurren consentimiento,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objeto y causa. Sobre el objeto y la causa no existiría discrepancias, el problema se plantearía a la hora de determinar si hubo o no consentimiento.

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (Artículo 1262 C.c.) En este sentido, y suponiendo que la propuesta de AMENA gozara de todos los requisitos necesarios para entenderla como oferta contractual vinculante, para que la aceptación sea válida es necesario que coincida con los términos de la oferta y que se haga mientras ésta no haya caducado. Cuando VODAFONE propone una propuesta distinta de precios mediante correo electrónico de 3 de marzo de 2003, está introduciendo, de facto, alteraciones en la propuesta original de AMENA, es decir, está proponiendo una oferta distinta (contraoferta) ya que no coincide exactamente con la voluntad del oferente, en este caso AMENA. De esta forma, al emitirse una nueva oferta por VODAFONE, la primera hay que darla por extinguida por no aceptación. De esta forma, desde el 3 de marzo de 2003, fecha en que VODAFONE propone precios diferentes, la oferta de AMENA de 26 de febrero quedaría extinguida. En este sentido, la supuesta aceptación hecha por VODAFONE en fecha 28 de mayo de 2003 no resultaría válida, al haberse realizado de forma intempestiva, sobre una oferta inexistente.

De acuerdo con lo anterior, esta Comisión no puede entender que se haya producido la perfección del contrato, al no concurrir los requisitos exigidos por la legislación civil.

CUARTO.- Sobre la fijación del precio del Servicio de Mensajería Multimedia (MMS).

Al momento de la resolución de este conflicto, el objeto del mismo se centra en determinar un criterio de fijación de precios, más que en la determinación de un precio concreto para el servicio de mensajería multimedia.

Tal y como se ha señalado en los antecedentes de hecho, el objeto del presente conflicto ha variado a lo largo de la instrucción del mismo, pasando de ser un procedimiento en el que originariamente había de determinarse el precio de un servicio, a otro en el que se ha de establecer si la pretensión de AMENA, consistente en fijar un precio de terminación en su red mayor que el que se fije para la terminación en la red de VODAFONE, encuentra justificación, con independencia del nominal del servicio. Concretamente, VODAFONE, en el escrito de fecha 8 de agosto de 2003, señala que *“si bien Amena no formalizó ninguna nueva oferta de precios que modificase la que había realizado, expresó verbalmente su intención de **establecer un esquema de facturación en interconexión en el que el precio de terminación del servicio MMS en su red fuera superior en un 10% al precio que determinara Vodafone para su servicio, independientemente de cuál fuera éste**”*. AMENA, se pronuncia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en este mismo sentido al afirmar, en su escrito de fecha 11 de noviembre de 2003, que *“eso no significa que la CMT no deba resolver el conflicto interpuesto por Vodafone, sino que dadas las circunstancias lo más aconsejable sería establecer un criterio de fijación de precios y no los precios de terminación”*.

No obstante, determinar un precio concreto, hoy por hoy, para este servicio de mensajería multimedia es una labor compleja, al tratarse de un servicio totalmente novedoso y emergente, y sobre el que no se tienen todavía datos reales sobre horarios de mayor intensidad de uso, perfiles de tráfico, volumen de información intercambiada, tipo de clientes, etcétera.

La solicitud de AMENA, consistente en la determinación de un precio más elevado en su red que en la de VODAFONE, la justifica en la diferencia existente entre redes GSM 900 y DCS 1800. AMENA incide en su escrito en que el servicio MMS utiliza, además de los sistemas propios y aplicaciones que le caracterizan, la red de acceso. Esta red está integrada por las estaciones base de la compañía que utilizan frecuencias de 1800 MHz, a diferencia de VODAFONE y Telefónica Móviles España, S.A. que utilizan redes basadas en frecuencias de 900 MHz, utilizando las frecuencias 1800 MHz principalmente para capacidad. Por las características físicas de las frecuencias 1800 MHz, su penetración y alcance es menor, necesitándose, aproximadamente, el doble de estaciones de 1800 que de 900 MHz para dar la misma cobertura. Esto hace que el despliegue de red de AMENA deba ser mayor para poder dar la misma cobertura que sus competidores.

Si bien es cierto que técnicamente este tipo de redes, basadas en la utilización de frecuencias de 1800 MHz, necesita de mayor despliegue de estaciones base, no es menos cierto que esta circunstancia no es la única causa que afecta directamente al coste del servicio MMS, y ni siquiera es la más determinante. El servicio de mensajería multimedia es un servicio que se ofrece sobre GPRS. La tecnología GPRS permite ofrecer transferencia de información de datos por usuarios de telefonía móvil, siendo los servicios que se pueden ofrecer sobre GPRS diversos, abarcando desde la simple transferencia de ficheros entre un usuario y su empresa, al acceso a Internet, envío de MMS, etcétera. Para obtener el coste de los servicios de MMS se debe distribuir los costes de la red GPRS de forma causal en la contabilidad de costes de cada operador. Esta distribución de costes no existe en el sistema de contabilidad presentada por VODAFONE resultando imposible conocer los costes que se asignarían a cada uno de los servicios que se prestan sobre la citada red de GPRS. Es decir, el coste unitario para el servicio de mensajería es desconocido, pudiendo ser, además, distinto en cada uno de los operadores móviles, debido a que este coste unitario dependerá del número de unidades manejadas en la red. El hecho de que AMENA pudiera tener una red de acceso más cara que la de sus competidores no significa, necesariamente, que el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precio unitario de MMS sea mayor en su red. Ello es debido a que el coste unitario de los servicios prestados sobre GPRS depende del número de unidades². Si, como es el caso, se trata de servicios emergentes en los que el número de unidades (número de MMS) debiera ir aumentando, no teniendo que coincidir de la misma manera en cada operador, el coste unitario del servicio MMS iría reduciéndose proporcionalmente al número de unidades. Como consecuencia, el coste del MMS es inestable, con lo que la contabilidad de costes no es un método objetivo para valorar el coste de este servicio.

Por lo tanto, las diferencias técnicas alegadas por Amena no tienen suficiente envergadura para justificar que un precio de interconexión para el servicio MMS sea más elevado en una red que en otra. Dicho de otro modo, en los escritos presentados por AMENA no se justifica la necesidad de determinar un precio más elevado en su red por motivos técnicos o económicos. Basa sus alegaciones en la utilización de una red de acceso más cara en su establecimiento que la de los demás operadores móviles existentes en el mercado. Pero, ha de tenerse en cuenta que la red de acceso no se utiliza sólo para los servicios MMS, con lo que la justificación de que el precio haya de ser mayor en la red de AMENA que en la de VODAFONE no es de suficiente entidad.

En el escrito de alegaciones presentado por AMENA, ésta mantiene la afirmación de que el coste unitario de los mensajes MMS en su red son mayores que en la de VODAFONE como consecuencia del mayor coste en su red de acceso que en la de otro operador móvil; pero, estas alegaciones se fundamentan en datos cualitativos y no cuantitativos, al no existir datos objetivos que analizar. Estas valoraciones, en consecuencia, no pueden establecer la diferencia real de costes entre los dos operadores, lo que no puede utilizarse para afirmar que los costes de los mensajes de MMS en su red sea superior que en la de VODAFONE.

Por cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones

RESUELVE:

² La unidad en los servicios de datos no está definida. Mientras que en voz, la unidad es el minuto, para los servicios de datos puede ser el kbyte de datos, o por tipo de servicio el MMS, SMS, etc.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Primero.- La propuesta de precios remitida por AMENA a VODAFONE el 26 de febrero de 2003 por correo electrónico no reúne los requisitos necesarios para calificarla como oferta contractual vinculante.

Segundo.- AMENA no ha justificado ni económica ni técnicamente que el precio de terminación del servicio en la red de AMENA haya de ser superior al precio de terminación en la red de VODAFONE.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del 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 SECRETARIO,

Vº.Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque.

Carlos Bustelo García del Real.