



Roj: **SJCA 1694/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1694**

Id Cendoj: **01059450012016100002**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2016**

Nº de Recurso: **365/2015**

Nº de Resolución: **116/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CARLOS MARIA COELLO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 116/2016**

En VITORIA - GASTEIZ, a treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis.

El Sr. D. CARLOS COELLO MARTÍN, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de VITORIA - GASTEIZ ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 365/2015 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DEL CONSEJERO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO, DE 22/09/15, POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCION DE 15/04/15 DE LA DIRECTORA DE KONTSUMOBIDE EN EL EXPEDIENTE SANCIONADOR Nº 01A001/11/2014.

Son partes en dicho recurso: como *recurrente* **ORANGE S.A.U** . y ,representado y dirigido por el letrado Sr. **SANCHEZ GARCÍA** ; como *demandada* **GOBIERNO VASCO- DEPARTAMENTO DE SALUD Y CONSUMO** , representado y dirigido por el letrado de su Asesoría Jurídica Sra. **LÓPEZ DE AGUILETA QUINTANA**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- 1.- El Letrado Sr. **SÁNCHEZ GARCÍA** actuando en nombre y representación de la mercantil **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** ( anteriormente "FRANCE TÉLÉCOM ESPAÑA SAU", en adelante **ORANGE** ) interpuso recurso contencioso- administrativo contra la *Resolución del Consejero del Gobierno Vasco de 22 de septiembre de 2015 por la que se desestimaba el recurso de alzada deducido por lasociedad accionante contra la Resolución de 15 de abril de 2015 dictada por la Directorate Kontsumobide por el que se impone a la sociedad accionante tres sanciones de dosmil euros (2000 euros) de multa sumando un total de seis mil euros por la comisión desendas infracciones leves en materia de consumo.*

**1.1** .- Los hechos que originan, según la resolución, la imposición de la sanción son comunes a los tres expedientes sancionadores. Se compendian en señalar que la mercantil recurrente no acreditaba de forma inequívoca la voluntad de los reclamantes de contratar mediante solicitud y posterior confirmación la suscripción de los servicios SMS Premium , y " *tampoco se acredita por ORANGE que los consumidores reclamantes tuvieran conocimiento sobre la naturaleza de tales servicios- condiciones como el precio total etc.* -".

**SEGUNDO** .- Turnado que fue correspondió a este Juzgado incoándose el **procedimiento abreviado 365/2015**.

**TERCERO**.- Se admitió a trámite el recurso se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada quien lo remitió.

**CUARTO** .- Se ha celebrado el acto del juicio el día 24 de mayo de 2016 con la asistencia de las partes.

1.- La actora comparece representada y asistida del Letrado Sr. **RICHARD HAWRYSCH** del **ICAM**, q uien sustituye en la forma prevenida en el Estatuto General de la Abogacía al Letrado firmante, y acredita en el acto del juicio su representación de la sociedad accionante.



1.1.- La demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LJCA por la Letrada del Gobierno Vasco **Sra. LÓPEZ DE AGUILETA QUINTANA**.

2.- La actora se ratificó en su demanda, interesando el recibimiento a prueba, y propuso la documental aportada y el expediente administrativo.

3.- La representación procesal de la demandada interesó la desestimación de la demanda.

4.- Recibido el procedimiento a prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo

78 de la LJCA se practicó la documental admitida.

5.- Las partes formularon los correspondientes resúmenes de prueba en la forma prevista en el artículo 78 de la LJCA .

6.- Se ha unido a la actuación la grabación de la vista en soporte audiovisual.

**QUINTO** . - En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

A los efectos de lo previsto en el nº 3 del art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se declaran los siguientes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO

La actora impugna la Resolución del Consejero del Gobierno Vasco de 22 de septiembre de 2015 por la que se desestimaba el recurso de alzada deducido por la sociedad accionante contra la *Resolución de 15 de abril de 2015 dictada por la Directora de Kontsumobide* por el que se impone a la sociedad accionante tres sanciones de dos mil euros (2000 euros) de multa sumando un total de seis mil euros por la comisión de sendas infracciones leves en materia de consumo.

### SEGUNDO.- PRETENSIONES DE LA ACTORA.

1.- La actora interesa que se dicte sentencia por la que se anulen las tres sanciones impuestas a la sociedad recurrente. La pretensión es, en suma, declarativa.

### TERCERO.- MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.

1.- La actora articula diversos motivos de impugnación atendiendo, en primer término a la naturaleza de la relación entre el petitionario de servicios de tarificación adicional recibidos en el teléfono móvil cuya línea corresponde a la sociedad recurrente, en un orden jurídico material alega la infracción del principio de responsabilidad al imponerse una sanción a una empresa como la recurrente que no es la prestadora de los contenidos *Premium* .

2.- Este motivo general de impugnación se desglosa en diversos submotivos: (a) la mercantil **ORANGE** no contrató con los reclamantes por lo que no dispone de la documentación requerida por el IVC; (b) la inexistencia de responsabilidad de **ORANGE** se manifiesta en la imposibilidad de ser sancionada a título de "colaborador necesario"; (c) la inexistencia de una responsabilidad solidaria entre **ORANGE** y los prestadores de servicios *Premium* ; (d) la ausencia de culpa *in vigilando* de **ORANGE** ; (e) que solo el titular de la obligación está capacitado para cometer la infracción; (f) que el consentimiento en la recepción de contenidos *Premium* se suele prestar mediante un SMS que el usuario remite al proveedor de servicios por lo que dadas las especiales características del proceso de contratación realizado se presume la voluntad de contratar del consumidor.

**CUARTO** .- 1.- Como queda indicado, los hechos sancionados traen causa de tres reclamaciones de consumo presentadas ante *Kontsumobide* - Instituto Vasco de Consumo frente a **ORANGE ESPAGNE, S.A.U** (antes, **FRANCE TÉLECOM, S.A.U**), por las que se denuncian la facturación de consumos correspondientes a mensajes sujetos a tarificación adicional recibidos en el teléfono móvil de sus clientes en conceptos de suscripción de mensajes SMS *Premium*, sin que la actora, en cuanto operadora de telefonía haya acreditado que se hayan solicitado ni obtenido el consentimiento de sus clientes ("abonados") para recibir por este medio tales contenidos de otros proveedores.

1.1.- La argumentación sustancial de la sociedad accionante se basa en que la firma actúa única y exclusivamente prestando un mero servicio de intermediación.

1.2.- En consecuencia, quien contrata es el usuario y la empresa proveedora de los contenidos del servicio SMS *Premium* , por lo que no le es exigible a la actora el deber de comprobar si el usuario ha solicitado el

alta en el servicio indicado de la empresa proveedora de contenidos y, además, que carece de los medios de comprobar documentalmente tal consentimiento.

2.- En efecto aduce la actora, sustancialmente, que tales servicios *Premium* son prestados por empresas distintas a **ORANGE**, y que la sociedad accionante no había sido " *capaz de acreditar la voluntad de contratar de los reclamantes ni tampoco de acreditar el cumplimiento de las obligaciones de información* ", dado que los contratos - en su caso- se habrían suscrito con las empresas proveedoras de contenidos *Premium*, y su documentación es ajena al tráfico jurídico ordinario de la sociedad recurrente.

3.- Recalca en suma la recurrente que el verdadero prestador de los servicios *Premium* no es **ORANGE**, " *sino las empresas que contratan con el consumidor, que son las prestadoras de servicios de tarificación adicional* ". En el caso que nos ocupa, además, las empresas proveedoras de ese tipo de servicios - que llevan aparejado una tarificación adicional- están identificadas en el expediente sancionador.

3.1.- Sostiene la representación procesal de la demandante que el órgano sancionador "pareciera trasladar a **ORANGE** la obligación legal de éstas de acreditar la voluntad de contratar del reclamante y del cumplimiento de los requisitos establecidos en materia de SMS *Premium* en normas que no tienen rango de ley (RD 899/2009, Orden ITC 1030/2007 de 12 de abril y Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional).

3.2.- Arguye la actora que la sanción presupone que **ORANGE** tiene la obligación de cerciorarse de quién contrata con el cliente -quien por tanto le presta los servicios *Premium* - y además, de si cumple o no, las obligaciones legales en materia de información y documentación contractual". Solo sobre la base de ese presupuesto erróneo, a juicio de la actora, se le sanciona como un " *colaborador necesario* " en la prestación de los servicios *Premium*. Esta calificación, además, de colaborador necesario, es, como veremos infra, objeto de una impugnación específica al vincularla con una suerte ora de autoría solidaria, ora por no estar tipificado la intervención a título de colaborador necesario, ora de modo subsidiario, por cuanto se le atribuye implícitamente de modo subsidiario un cierto deber de garante cuya elusión permite sancionar por culpa *in vigilando* .

4.- De los problemas de calificación de su intervención, la firma accionante alega como motivo de impugnación la infracción del principio de personalidad dado que la sociedad recurrente no es la empresa prestadora de los contenidos *Premium* origen de la reclamación.

4.1.- Señala la actora que **ORANGE** no es la prestadora material de los contenidos *Premium* o de valor añadido. La resolución impugnada al atribuirle esa ficta conductio, incurre en un error, dado que su intervención es la de ser un mero intermediario entre los proveedores materiales de contenido y los usuarios finales, prestando el soporte tecnológico o de red necesario para canalizar los contenidos elaborados y prestados por los primeros", siendo actividad de mero servicio de intermediación.

4.2.- La representación procesal de la actora invoca toda una serie de pronunciamientos judiciales, principalmente de orden civil, que reconocen su actividad como mero servicio de intermediación en los términos alegados y que, en consecuencia, desvirtúan su condición de autor- aun al título invocado-

4.3 .- Añade la actora que **ORANGE** no se lucra a través de esa actividad sino que " *las cantidades que pudiera recibir - cantidad sobrante de lo recibido por las empresas prestadoras de los servicios de tarificación adicional- no persiguen el provecho económico sino cubrir los costes de facturación, el coste extra que generan los mensajes PREMIUM y cubrir insolvencias por el mayor riesgo de impago que generan este tipo de servicios* " (SAB de 6 de marzo de 2014, Ara. RJCA/2014/440).

4.4.- La actora en su escrito de demanda, explica técnicamente la actividad que lleva a cabo la firma accionante con los llamados " *números cortos* " o "SMS *Premium* ", con expresa cita del Informe de la CMT-

4.4.1.- Según el Informe indicado, los diversos *definenda* de los sujetos intervinientes son estos:

a) **Proveedor de contenidos:** esta categoría de agentes se ocupa de suministrar una gran variedad de contenidos -gráficos y logotipos, sonidos y melodías- y aplicaciones -juegos, chat, concursos, votaciones- a los proveedores de servicios, aunque también pueden operar en el mercado mediante integración vertical de ambas actividades, realizando así tanto la provisión de contenidos como la de servicios.

b) **Proveedor de servicios:** esta categoría de agentes proporciona el equipamiento físico y lógico necesario para poner a disposición de los usuarios móviles contenidos y servicios. Para ello, se requiere la conexión directa al centro de servicio de mensajes cortos (SMSC) de las redes públicas de telefonía móvil. Naturalmente, también puede suceder que actúen por integración vertical, esto es, que un mismo agente desarrolle en el mercado actividades que se corresponden con las de un proveedor de servicios y un proveedor de contenidos.



c) **Operador móvil:** esta categoría de agentes, formada por los operadores de redes públicas de telefonía móvil actualmente presentes en España, **ofrece a los proveedores de servicios facilidades de conexión física a sus respectivos SMSC, encaminando los mensajes cortos intercambiados entre sus usuarios móviles y la plataforma del proveedor de servicios, y se encargan además de la facturación del servicio al usuario final. Estos agentes también operan en este mercado por integración vertical, comercializando directamente a sus propios usuarios servicios SMS Premium actuando a su vez como proveedores de servicios e, incluso, generando sus propias aplicaciones y contenidos.**

4.4.2.- Señala la actora que la sociedad recurrente no es la *proveedora de contenidos* a las que se refiere el Informe de la CMT, por lo que no puede ser sancionada en los términos en los que la resolución del IVC-Kontsumobide acuerda.

5.- Añade la actora que la sociedad accionante no está integrada verticalmente, es decir, que no comercializa directamente a sus clientes este tipo de servicios SMS Premium, sino que la comercialización correspondiente a todos aquellos que son explotados por los titulares de la numeración corta, quienes utilizan la plataforma tecnológica de la que **ORANGE** dispone.

5.1.- En suma, **ORANGE** no ha comercializado o proveído servicios Premium en el caso presente por lo que: **a)** los contenidos transmitidos a través de los números cortos indicados no pertenecen a **ORANGE** sino a un tercero, quien es el responsable de la contratación, **b)** son los proveedores de contenidos quienes prestan los servicios a los usuarios finales y contratan con ellos a través de dichos códigos, gestionando las altas y las bajas así como los problemas e incidencia resultantes de las mismas; **c)** **ORANGE** no interviene en el proceso de contratación.

#### **QUINTO.- Sobre el régimen normativo.**

1.- Alega la recurrente que se actividad se rige por la 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 (BOE 13 de febrero de 2008), y por la Ley 34/2002 de 11 de julio de *Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (LSSI).

2.- Respecto a la Orden ITC 308/2008 de 31 de enero señala que la norma define los servicios de *tarificación adicional* basados en el envío de mensajes los servicios de comunicaciones electrónicas que supongan el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros.

3.- La citada disposición distingue: a) los titulares de números, b) los operadores que proveen al servicio de mensajes al abonado y/o los operadores responsables de su facturación y c) los denominados "operadores que proporcionan servicios de comunicaciones electrónicas de almacenamiento y reenvío de mensajes".

4.- En relación con la LSSI de 2002 invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 14 sobre los servicios de intermediación que expresamente señala que no serán "responsables por la información transmitida", que entiende aplicable sin lugar a duda al "comercio electrónico desarrollado a través de SMS o e-commerce-, por lo que **ORANGE** en cuanto prestadora de un servicio de intermediación no es responsable de la información que transmite a través de su red.

5.- Alega la actora que **ORANGE** al no haber contratado con los contratantes no dispone de la documentación requerida, no siendo quien presta los contenidos cargados en las facturas de los reclamantes, sin que sea responsable de la contratación de dichos servicios.

5.1. - La consecuencia es clara, no podía responder al requerimiento de información solicitado por el IVC salvo de la manera que lo hizo, "d *eclinando la responsabilidad por los servicios Premium facturados* .

5.2.- Añade que **ORANGE** como titular de una autorización para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas únicamente dispone de una plataforma que sirve para volcar el tráfico ( *recepción/almacenamiento/envío* ) de determinados datos electrónicos para móviles, de modo que en dicha plataforma se registran: **a)** los mensajes relativos a la petición/cancelación (alta/baja) de envío de dichos datos electrónicos especiales para móviles (contenidos) y **b)** los mensajes cargados con dichos datos electrónicos.

5.3.- Recalca que los contenidos son propiedad del proveedor de contenidos por lo que **ORANGE** no solo no es responsable de dichos datos sino que tampoco tiene acceso a los mismos (se encuentran cifrados) y tienen " *relación confidencial en el marco de la relación jurídico-privada existe entre dicho proveedor y el peticionario/usuario de la telefonía móvil* ".



**SEXTO .- Sobre su condición de colaborador necesario y la responsabilidad solidaria y ausencia de culpa in vigilando**

1.- Alega la actora, además, que no puede ser sancionada la firma accionante en calidad de " colaborador necesario" o de " cooperador necesario ", según usa la actora en su escrito de demanda.

2.- Señala la firma accionante que no es admisible " imponer una sanción administrativa a un sujeto en calidad de cooperador necesario salvo que así lo contemple de forma expresa el tipo normativo que se dice infringido " (con expresa cita de la STSJ de CV de 17 de marzo de 1999 (RJCA 1999/2834), sin que se pueda imponer una sanción a un expedientado como *cooperador necesario* ya que resulta contrario a los principios del derecho administrativo sancionador, máxime cuando el tipo normativo aludido no recoge expresamente que puedan ser varios los sujetos responsables, sin que exista esa previsión normativa ni en el artículo 50.6 de la LISS y los artículos 62 y 63 del RD 1/2007 , por lo que no es suficiente a los efectos previstos en el artículo 9 de la Ley 2/1998 de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la CAV , que no deja de ser no una ley sustantiva sino de procedimiento sancionador.

2.1.- Es más, añade el recurrente que en lo relativo a la infracción concreta referida (que la parte contratante es decir las empresas de servicios *Premium* justifiquen documentalmente la voluntad de contratar del consumidor) ninguna norma con rango legal establece que **ORANGE** tenga que " cerciorarse de que las empresas de servicios *PREMIUM* cumplen con sus obligaciones contractuales ".

3.- Sobre la responsabilidad solidaria . Alega la actora que **ORANGE** únicamente realiza labor de intermediación en la prestación del servicio controvertido, por lo ya alegado, y que la resolución impugnada parece fundarse, además, en una supuesta responsabilidad solidaria directa entre **ORANGE** y la empresa prestadora de servicio.

3.1 .- Sostiene la actora que no puede imponerse una sanción administrativa sobre la base de la existencia de una responsabilidad solidaria, con cita expresa de la doctrina científica (HUERGO LORA y GALLARDO CASTILLO) y legal ( STS de 30 de septiembre de 1997 ), dado que no está predeterminada en la norma y el fundamento del sistema punitivo cada uno responde exclusivamente de sus propios actos, sin que quepa, " en aras de una más eficaz tutela de los intereses públicos", establecer responsabilidad punitiva solidaria".

4.- Sobre la ausencia de culpa in vigilando . Recalca la actora que no concurre *culpa in vigilando*, dado que **ORANGE** no debe llevar "cabo una suerte de labor de vigilancia sobre las empresas prestadoras de servicios", y por cuanto en el caso de las personas jurídicas, la culpa *in vigilando* únicamente puede atribuírsele a éstas cuando un empleado persona física o un representante voluntario haya llevado a cabo una actuación propia de la esfera de la persona jurídica que le sea exigible a ésta", sin que las empresas proveedoras de los servicios de tarificación adicional tengan la naturaleza de empleados persona física y tampoco ostentan la naturaleza de representantes voluntarios respecto a **ORANGE**.

5.- Aduce la sociedad accionante que en el ámbito del principio de responsabilidad en el ámbito del derecho sancionador, "sólo el titular de la obligación está capacitado para cometer la infracción", y en el caso que nos ocupa el titular de la obligación consistente en acreditar la voluntad del consumidor de contratar los servicios *Premium* y las condiciones de esta relación" son las empresas que realmente prestan dichos servicios de tarificación adicional" y no un mero intermediario cual es la firma actora, que ni siquiera dispone de acceso a la documentación solicitada.

5.1.- Concluye apuntando que en tal caso, el órgano sancionador debiera incoar un expediente sancionador al verdadero titular de la obligación de acreditar la información requerida- aunque ya se expuso que la voluntad de contratar se presume- esto es a las empresas proveedoras de los servicios de tarificación adicional, por ser éstas auténticas partes contratantes".

6.- Engarzado con la cuestión de la presunción del consentimiento en la recepción de contenidos *Premium* , se pone de manifiesto que la misma se " suele prestar mediante un SMS que el usuario remite como respuesta a otro mensaje recibido del proveedor de contenidos en el que se solicita la aceptación de las condiciones de uso y prestación de servicios que en él se detallan ".

6.1.- Subraya que **ORANGE** no es responsable de la contratación de dichos servicios, y que es necesario tener en cuenta que la firma telefónica "envía a todos los clientes que realizan una suscripción vía web (numeración que comience por el 79) un mensaje informativo y gratuito de advertencia en el que se indica lo siguiente: " *Orange. Te informamos que estás solicitando alta en un servicio Premium de suscripción con coste. Consulta condiciones en la Web donde lo has solicitado* ".

6.2.- A juicio de la actora lo indicado pone de manifiesto la diligencia de la sociedad recurrente. Y dado el mecanismo del alta en este tipo de servicios, " se presume la voluntad de contratar del consumidor ",



invirtiéndose la carga de la prueba, siendo los consumidores los que " *deberán probar su ausencia de voluntad en la contratación de los servicios de tarificación adicional*".

**SÉPTIMO.- De la contestación a la demanda de la Administración autonómicademandada.**

1.- La representación procesal de la demandada, al contestar en el acto del juicio el recurso se ha opuesto señalando básicamente que la firma accionante no actúa en este tráfico como un mero intermediario " *entre sus clientes y las empresas prestadoras de contenidos Premium como alega*".

1.1.- En efecto, señala que *las empresas proveedoras de contenidos y las operadoras de telefonía móvil se integran en una relación, en la que unas, las proveedoras de contenido, dependen totalmente de las otras, las operadoras de red u operadoras de acceso, para poder hacer llegar a los abonados de éstas últimas los servicios que ellas prestan, posición de la que derivan responsabilidades directas para los dos tipos de empresas respecto a los servicios prestados*.

1.2.- Añade como dentro del mercado mayorista de servicios de acceso para mensajes cortos de texto y mensajes multimedia de tarificación adicional, la hogaño recurrente - como otras compañías que se encuentran en posición de dominio- "permite que sus abonados puedan hacer uso de los servicios de tarificación adicional de un operador concreto, siendo la propia ORANGE la que, además de trasladar los datos contenido de los servicios de *tarificación adicional, cobra al usuario el coste del mensaje de valor añadido, y entrega al proveedor de contenidos de estos servicios una cantidad previamente convenida. Resultando que la operadora de red se queda con un porcentaje del precio cobrado al usuario que básicamente depende de dos factores, por un lado, el precio del mensaje (el porcentaje será menor cuanto mayor sea el precio) y, por otro lado, el número de mensajes transmitido (el porcentaje será menor cuanto mayor sea el número de mensajes trasladados)*".

1.3.- Está probado en el expediente que la firma recurrente facturó a los respectivos reclamantes un servicio de SMS *Premium*, sin que esté acreditado que hubiere sido contratado expresamente.

1.4.- Es más, consta probado que la actora ha cobrado los mismos " *e n la factura que emite para el cobro de sus propios servicios y ha obtenido un lucro de todo ello, como mínimo obtiene el provecho económico, el lucro, que le genera un SMS convenciona l*".

1.5.- Es en sentido que **ORANGE** actúa como cooperador necesario en la prestación de los servicios SMS *Premium*, ya que sin su participación no es posible hacer llegar a los abonados los contenidos de los mismos, y como tal, conforme a su obligación de velar por los derechos de los consumidores y usuarios de estos servicios, debería haber comprobado y exigido que los contratos en base a los cuales se prestan existen, y que su contenido se adecúa a lo establecido por la normativa de protección en materia consumo.

1.6.- Además, señala la demandada, los reclamantes son - o eran- sus clientes de telefonía y an **te la reclamación de sus clientes no desplegó ninguna actuación o diligencia de comprobación de la realidad de las "contrataciones de suscripción de mensajes"**, y añade " **Por lo que, no habiendo operado de esta manera, debe hacer frente a las responsabilidades derivadas de tal omisión.**

1.7.- En relación con el envío del mensaje informativo y gratuito de advertencia, que hemos transcrito *supra*, alega la demandada que " *no se ha probado de manera fehaciente y, analizadas las facturas de los tres reclamantes en las que se recogen los cargos por servicios SMS Premium, en ninguna de ellas ser reflejan los referidos mensajes gratuitos de advertencia correspondientes a las numerosas suscripciones por las que se cobra a los reclamantes*".

1.8.- Y tampoco puede sostenerse que se presuma el consentimiento del peticionario dado el mecanismo de alta en los contenidos de SMS *Premium*, ya que no se acredita que la sucesión de mensajes denominada " *traza de red*" se haya producido en los tres casos de los que trae causa este expediente sancionador, sin que la misma además, garantice " *el derecho de los consumidores y usuarios a recibir de forma clara y comprensible, antes de quedar vinculados por un contrato, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, especialmente sobre las condiciones jurídicas y económicas, dado que se proporciona la información debida una vez se ha introducido el número de teléfono y el pin, lo cual implica que la suscripción se hace efectiva sin haber recibido la información que posibilite una contratación consciente sobre el servicio que se contrata*".

2.- A juicio de la resolución demandada - y defendida por la representación procesal de la demandada en el acto del juicio- los hechos descritos son constitutivos de una infracción al artículo 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco, en relación con los artículos 62.1 y 63.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, p *or el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, y el tipo del ilícito aplicado



aparece engarzado: a) no se ha acreditado la voluntad inequívoca de los reclamantes de contratar el servicio de SMS Premium que se les ha facturado, b) ni la entrega de documento acreditativo del contratos, c) ni las condiciones esenciales ni generales del mismo, d) ni que éstas hayan sido aceptadas por los clientes; e) ni que la sociedad recurrente, operadora de telefonía haya desplegado actividad alguna como consecuencia de las reclamaciones formuladas por sus clientes.

**2.1.** - Es de aplicación, además, a juicio de la demandada lo dispuesto en el artículo 5 de la *Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas*, que en materia contractual reenvía la normativa general de protección de consumidores y usuarios todo ello en relación con lo prevenido en el artículo 7 de la Orden ITC/1030/2007 de 12 de abril, *por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre los usuarios finales y operadoras de servicios de comunicaciones electrónicas*,

**2.1.1.-** El invocado artículo 7 establece que " *a los efectos probatorios de la celebración de un contrato, será el operador el que deba acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido*".

**3.-** Concluye por tanto la demandada, que corresponde a la operadora telefónica accionante " *la obligación de acreditar la voluntad del consumidor de contratar los servicios SMS Premium y pese a ello, reconoce en la demanda que no dispone de acreditación documental que, de forma inequívoca, pruebe la voluntad de los reclamantes de contratar la suscripción de los servicios de mensajería SMS Premium; por lo que incumple dicha obligación ( Vide SAN de 12 de febrero de 2010 )*.

#### **OCTAVO. - Sobre los SMS Premium como servicios de tarificación adicional .**

**1.-** Conviene acotar algunas de los hechos determinantes que han sido invocados por la firma recurrente en orden e excluir su responsabilidad en la aceptación de la recepción de mensajes de contenido SMS Premium.

**1.1.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 d) de la Carta de derechos del usuario a los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo , ha de entenderse por "servicio de comunicaciones electrónicas": *el prestado por lo general a cambio de una remuneración, que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas*.

**1.1.2.-** Y ha de entenderse por «Servicio de tarificación adicional", a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 e) de la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, *los que hayan sido declarados como tales por resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en razón de la existencia de una facturación superior al coste del servicio de comunicaciones electrónicas y en interés de una especial protección de los derechos de los usuarios*.

**1.3.-** La Transitoria Primera de la Carta de Derechos de los Usuarios señala que Continuarán vigentes hasta que, en cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto, sean sustituidas por otras, las siguientes normas:

a) 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, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. b) La Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas c) La Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores. d) La 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.

**1.3.1.-** A los efectos de este recurso y de analizar la resolución combatida son relevantes las disposiciones reglamentarias que se citan en el apartado a), c) y d).

**1.4.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 4 ( *Concepto de servicios de tarificación adicional* ) de 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 , por el que se aprueba el



Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, ha de entenderse por los mismos:

1. Son servicios de tarificación adicional aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden. A los efectos de esta Orden, el abonado llamado beneficiario de la remuneración a la que se refiere el párrafo anterior se denomina "prestador de servicios de tarificación adicional", el cual deberá haber celebrado el contrato-tipo indicado en el apartado noveno de esta Orden. Igualmente, a estos efectos, **el operador que tiene asignados los recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional y suministre números de este tipo al prestador de servicios de tarificación adicional, formalizando el correspondiente contrato-tipo a que se refiere el apartado noveno de esta Orden se denomina "operador del servicio de red de tarificación adicional". Finalmente, a los efectos de esta Orden, se entiende por "operador de acceso", aquel operador responsable de la facturación y cobro de los servicios prestados al usuario llamante.**

2. El acceso a los servicios de tarificación adicional, para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público, se realizará de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre acceso y numeración.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, con carácter excepcional y previa audiencia del Instituto Nacional del Consumo y del Consejo de Consumidores y Usuarios, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá determinar, mediante Resolución y en aplicación del Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones, los números, o rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras que no sean de libre acceso. En estos casos, los abonados que lo deseen, deberán solicitar expresamente a su operador la conexión a estos servicios mediante solicitud escrita con indicación de la fecha y firma del abonado o de su representante o apoderado.

Asimismo, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá, mediante resolución, determinar que aquellos números, o rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras a los que haya sido de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior puedan ser de libre acceso desde las redes públicas telefónicas.

Con carácter previo a que se dicten las resoluciones del Secretario de Estado de Telecomunicaciones a que se refieren los párrafos anteriores de este punto, se requerirá informe a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con los aspectos de dichas resoluciones que puedan tener incidencia en las competencias de dicha comisión fijadas en la Ley General de Telecomunicaciones en vigor, en los términos desarrollados en el reglamento relativo al Título II de dicha Ley, en los aspectos de mercados de referencia, obligaciones de los operadores con poder significativo en el mercado, acceso a las redes y numeración.

Sin perjuicio de lo anterior, los operadores de acceso previa notificación con un mes de antelación al Instituto Nacional de Consumo, a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrán determinar los rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras, cuyo acceso requerirá una solicitud expresa de conexión de sus abonados. No será de aplicación el derecho de desconexión de los números de tarificación adicional, fijado en el apartado segundo, respecto de los números de tarificación adicional en que se haya efectuado la conexión a solicitud del usuario; en este supuesto, el usuario tendrá derecho a solicitar tres veces al año gratuitamente la anulación de la conexión efectuada. No serán gratuitas las restantes solicitudes de anulación que realice el usuario a lo largo del año. No obstante, en estos casos, el operador no podrá cobrar retribuciones adicionales que no sean las estrictamente dirigidas a compensar el gasto originado por la anulación de la conexión efectuada.

1.4.1.- Según lo dispuesto en el artículo Noveno (*Contrato-tipo*) de la Orden:

1. La relación jurídica que se establezca **entre los operadores que presten el servicio de red de tarificación adicional y los prestadores de servicios de tarificación adicional, será regulada a través de un contrato-tipo, que será aprobado por la Secretaría de Estado de telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en los términos establecidos en el artículo 56 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.**

2. Este contrato-tipo deberá regular todos y cada uno de los aspectos de la relación comercial para la prestación de los servicios de tarificación adicional, de acuerdo con las previsiones de la presente Orden, y en él se declarará la aceptación y sumisión por ambas partes a las disposiciones contenidas en el Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional, al que quedarán vinculadas con carácter obligatorio. Entre otros aspectos, podrá incluirse en el contrato-tipo la constitución de un Fondo de Garantía para la cobertura de los casos de fraude y/o morosidad en el servicio, así como de fórmulas de pago por parte





del operador al prestador de servicios de tarificación adicional condicionadas al cobro efectivo del servicio, y la exigencia del depósito de garantía en los términos previstos en el apartado 12.d).

**1.4.2.-** El citado Código de Conducta se aprobó, por Resolución de 20 de junio de 2009 de la Comisión de Supervisión de los servicios de Tarificación Adicional, por STS de 29 de enero de 2015 (ROJ STS 243/2015) expresamente invocada por la actora y de la que ha acompañado, a efectos ilustrativos, una copia con su escrito de demanda. La anulación de este Código de conducta- expresión de una supuesta autorregulación de los operadores- fue anulado, por lo que, como señalaba la representación de la actora no podían integrar sus prescripciones -más allá de su propia naturaleza como norma de ese tenor y/o origen- el tipo de la norma sancionadora en blanco relativa a las obligaciones de la actora que es *Operadora y Operadora de acceso* a los efectos que nos ocupan.

**1.3.2.-** Según el artículo 2 de la Orden ITC/308/2008 de 31 de enero

A los efectos de esta orden, se consideran servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes los servicios de comunicaciones electrónicas que supongan el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros. Los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes quedan incluidos en la definición de servicios de tarificación adicional contenida en el apartado 4.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, por la que se desarrolla, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, el título IV del Real Decreto 1738/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

**2.-** Recientemente el TS ha dictado su Sentencia de 3 de marzo de 2016 (( ROJ: **STS933/2016** - ECLI:ES:TS:2016:933) Recurso: 1783/2013 | Ponente: EDUARDO ESPÍN Templado)

**2.1.-** La citada Sentencia desestimaba el recurso de casación deducido por la firma recurrente en estas actuaciones contra la SAN de 8 de febrero de 2013 desestimatoria del recurso promovido por *France Telecom España, S.A.U.* contra el acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de julio de 2010, por el que se aprueba la resolución del conflicto de acceso presentado por *Alterna Project Marketing, S.L.* frente a *Telefónica Móviles España, S.A.*, *France Telecom España, S.A.*, *Vodafone España, S.A.* *Aferra Móviles, S.A.* y *Euskaltel, S.A.* en relación con la posibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicio SMS Premium (epxte. NUM000). El citado acuerdo resolvía obligar a varios operadores, entre los que se encontraba la demandante, a ofrecer a *Alterna Project Marketing, S.L.* sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles conforme a una estructura tarifaria basada en un único precio unitario por servicio y cuyos importes se ajusten a las previsiones del apartado II.63 de la misma resolución, debiendo negociar la firma de los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de dos meses desde la notificación de la misma.

**3.-** En lo que nos interesa resaltar de los fundamentos de la Sentencia recurrida y la de casación, es el análisis que efectúa en relación con valor añadido que aportan los operadores de acceso a los servicios SMS *Premium*.

**3.1.-** Señala la Sentencia que:

**SEGUNDO** .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia impugnada justifica la desestimación del recurso en lo que respecta a las cuestiones de fondo en los siguientes argumentos jurídicos:

" **QUINTO.-** Despejada la cuestión de la competencia de la CMT en el supuesto concreto que nos ocupa, corresponde ahora atender cuanto se argumenta en contra de los criterios técnicos tenidos en cuenta por la CMT, en particular todo lo relativo al verdadero valor añadido que aportan los operadores de acceso a los servicios " SMS Premium " (mensajes de texto o multimedia que suponen el pago de retribución añadida por la prestación de algún servicio) y a la razonabilidad o no del modelo denominado "revenue sharing". Ese sistema de facturación descansa en la compartición de ingresos minoristas, en el que las remuneraciones percibidas por el proveedor de servicios " SMS Premium " (en este litigio ALTERNA) como por el operador móvil se determinan como un porcentaje sobre el precio final del servicio, esto es, la retención verificada por los operadores móviles se subordina al precio final del " SMS Premium". La discriminación de precios que se invoca en el conflicto se basa en que una empresa fija diferentes precios para dos productos análogos con mismo coste. En otras palabras, el "revenue sharing" comporta que los proveedores de servicios " SMS Premium " han de compartir sus ingresos con los operadores de acceso.

El razonamiento nuclear que al respecto contiene la resolución combatida se recoge en su apartado II.6.3 ("Modelo de estructura tarifaria para el servicio mayorista soporte SMS Premium "): <<El supuesto objeto de



controversia responde a un conflicto entre un determinado proveedor de servicios SMS Premium , ALTERNA, frente a TME, Vodafone, FTE, Xfera yEuskaltel. Como ya se apuntó, los conflictos tienen carácter individual en el sentido de que resuelven disputas entre partes en atención a las circunstancias concretas del supuesto planteado. Por esta razón, la solución que se propone se ciñe al esquema de negocio y a las peticiones planteadas por ALTERNA y es aplicable únicamente a las partes del conflicto.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tomando en consideración la concreta situación de ALTERNA y los diversos extremos del conflicto planteado, considera que la estructura tarifaria de precio unitario es adecuada y razonable a la luz de las exigencias de proporcionalidad y transparencia en el conflicto planteado lo que no excluye que situaciones distintas y modelos de negocio diferentes podrían suponer la aplicación de otras soluciones.

En este sentido, tal y como se ha argumentado anteriormente, no se debe obviar el riesgo de que los operadores móviles pudieran, con el modelo de revenue sharing, establecer unos precios de acceso excesivos para ALTERNA, esto es, que no se limiten a remunerar los servicios efectivamente prestados (entre otros acceso, facturación y cobro y un riesgo diferencial por impagos) o que sean significativamente superiores a los precios de servicios similares que se estén prestando en un contexto de mayor competencia. Por todo ello, esta Comisión considera razonable que ALTERNA pueda acordar una estructura de precios basada en precios unitarios para los servicios mayoristas de conexión a la red móvil y que negocie y acuerde las condiciones sobre la base de dicha estructura de precios unitarios.

Por otra parte y en lo que se refiere a la cuantía de dichos precios unitarios, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que, aun respetando el principio de intervención mínima, es necesario acotar los precios a fijar por parte de los operadores móviles de acceso sobre la premisa de que los mismos sean transparentes y proporcionales a los servicios consumidos, en línea con lo que sucede con las numeraciones de tarificación adicional del PNT con una tipología de servicios semejantes al servicio objeto del presente conflicto.

Teniendo en cuenta los anteriores principios, esta Comisión considera que los precios de los servicios de acceso deben ser proporcionales a las unidades del servicio soporte adquirido y contener un nivel suficiente de desagregación que permita al operador demandante constatar que paga por el servicio realmente consumido. En base a lo anterior, esta Comisión **entiende que el nivel de precios por mensaje originado no debe ser superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados, al que se añada un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobrodiferenciales sobre un SMS convencional y soportados por el operador de acceso, más un coste extra por insolvencias que refleje el mayor riesgo de impagos que podría generar este tipo de clientes y otras prestaciones específicas de los SMS Premium .**

El precio fijado de acuerdo a las consideraciones establecidas en el párrafo anterior recogería de manera adecuada todos los costes soportados por el operador de acceso en la provisión de dichos servicios así como el margen comercial habitual que el operador establece en sus servicios minoristas "equivalentes".>>

**SEXTO.-** Esa argumentación no ha sido desvirtuada por la recurrente y no sólo cumple adecuadamente con los imperativos de motivación, en cuanto su contenido es razonable, lógico y subordinado a consideraciones cabalmente extraídas de los elementos fácticos de los que deriva el conflicto, también su corolario es proporcional, en el sentido trazado por la doctrina constitucional ("ad exemplum", *Sentencias del Tribunal Constitucional 62/82 , 66/85 , 19/98 , 85/92 y 50/95 ,* entre muchas otras), una vez ponderado si la decisión es apta para conseguir el objetivo propuesto, si es necesaria (en el sentido de que no existe otra menos gravosa o más moderada para la consecución del propósito) y, en tercer término, si es equilibrada o ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto (criterio materialmente contemplado en el *artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ,* introducido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre), exigencias sobradamente cumplidas en la resolución recurrida, que propende a la necesaria evitación de una estructura de precios rayana en lo leonino, en forma equilibrada para todas las partes implicadas.

Y, en fin, tampoco es dable advertir un proceder arbitrario en el regulador, lo que si bien sería controlable jurisdiccionalmente ( *Sentencias del Tribunal supremo, por todas, de 17 de marzo de 1999 , 19 de julio de 2006 y 4 de junio de 2008* ), caso de conculcación del ordenamiento o carencia total de lógica, no es el caso, en el que la decisión se funda, insistimos, en justificaciones objetivas y razonables, tras un estudio concienzudo que la actora no ha desvirtuado de adverso, por lo que la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido." (fundamentos jurídicos quinto y sexto)

**TERCERO .-** Sobre los motivos relativos a las normas reguladoras de la sentencia.

En los dos primeros motivos se aduce que la Sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva. Ambos han de ser desestimados.



En el primer motivo se afirma que la Sentencia de instancia no dice nada en relación con el establecimiento de un procedimiento retributivo único al margen del procedimiento legalmente establecido, cuestión que de haber recibido respuesta podría haber conducido a una decisión distinta. Asimismo, afirma la recurrente, tampoco se hace en la Sentencia referencia alguna a la prueba practicada. Sin embargo, la lectura del fundamento quinto que se ha reproducido *supra* muestra con toda evidencia que en cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, la Sala de instancia asume la respuesta dada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que parcialmente reproduce en el propio motivo. En dicha respuesta se hace una referencia expresa a la razonabilidad de una estructura de precios unitaria acordada por la citada Comisión y asumida por la Sala de instancia. Y, por otra parte, al responder a la alegación sobre la competencia de la Comisión reguladora para resolver el conflicto en el fundamento de derecho cuarto, dicha Sala asume de manera expresa que se trata precisamente de un conflicto entre operadores, lo que supone excluir que se tratase del establecimiento de obligaciones vinculantes a los operadores que requieran un determinado procedimiento; sobre esto volveremos más adelante en relación con el motivo sexto. No hay pues la falta de respuesta que denuncia la recurrente.

Por la misma razón tampoco hay ausencia de respuesta a la alegación sobre la supuesta no apreciación del valor añadido de los SMS Premium (segundo motivo), cuestión a la que se hace expresa referencia en los razonamientos de la Comisión que reproduce y asume expresamente la Sala de instancia en el citado fundamento quinto de su Sentencia. En lo que respecta a la prueba practicada en autos, la mercantil recurrente formula dos quejas que vienen a resultar coincidentes: como incongruencia omisiva en el primer motivo y como falta de valoración de la misma en el tercer motivo; ambas ha de ser rechazadas. En efecto, hemos dicho ya con suma frecuencia que no es preciso que haya en todo caso una referencia obligada a la prueba, sino que resulta suficiente que del razonamiento del órgano judicial se deduzca que la misma ha sido tomada en consideración. En el caso presente, de forma expresa la Sala afirma *in initio* del fundamento sexto que la argumentación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reproducida "no ha sido desvirtuada por la recurrente", lo que ha de entenderse como un rechazo de las razones tanto jurídicas como de valoración de la prueba esgrimidas por la parte actora. No hay pues ni incongruencia omisiva ni falta de valoración de la prueba.

**CUARTO** .-Sobre los motivos cuarto y quinto, relativos a la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En los motivos cuarto y quinto, ambos ya por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, se cuestiona la conformidad a derecho de la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En el motivo quinto se achaca a la Sentencia un error patente en la valoración de los datos obrantes en el expediente administrativo en lo que respecta a la existencia o no de conflicto de interconexión, lo que habría llevado a la infracción de las normas que regulan la valoración de las pruebas. El motivo sexto se basa en la directa infracción de las normas que regulan la intervención del citado órgano regulador. Ni hay error manifiesto en la apreciación de datos fácticos con infracción de las normas reguladoras de la prueba ni hay vulneración de las normas que disciplinan los conflictos de acceso e interconexión. La Sentencia recurrida justifica la intervención de la Comisión en los siguientes términos:

" **CUARTO**.- Sobre la competencia de la CMT dos son las cuestiones a dilucidar. Por una parte, cuales normas ofrecen cobertura a su intervención, y, por otra, cuando ha de considerarse existe un conflicto de acceso y si ello se reserva a una total imposibilidad de alcanzar acuerdos.

Pues bien, el artículo 11 de la Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, relativo a "Principios Generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión", establece, en su apartado 4, que la CMT podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio, cuando esté justificado, 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 ("Objetivos y Principios de la Ley"). Por su parte, el artículo 14.1 ("Resolución de conflictos"), dispone que de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso conocerá la CMT, que, 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.

Ambos preceptos son coherentes con la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), la Directiva 2002/20/CE, (Directiva de autorizaciones) y la Directiva 2002/19/CE, (Directiva de Acceso), las tres de 7 de marzo de 2002.

Dicho esto, que en su meridiana claridad respalda claramente la intervención del regulador, habrá que analizar la alegación de inexistencia de conflicto. La aseveración no puede prosperar, pues, si se observan los hitos procedimentales expuestos en el ordinal que precede, se viene en conocimiento que desde marzo de 2009, en que ALTERNA se dirigió a los operadores,, hasta la fecha de la propia resolución, transcurre más de un año,

sin que conste acuerdo alguno, por lo que la CMT se vió abocada a decidir. Como expresábamos en *nuestra Sentencia de 27 de enero de 2006*, en cuyo fundamento de Derecho Quinto se aborda esta cuestión (ligada a la afirmación de una de las partes procesales de que para que la CMT pueda conocer sobre un conflicto de interconexión deba ser clara la inexistencia de acuerdo entre las partes), si consta una rotunda posición en los interesados y se evidencia la falta de consenso, ello permite a la CMT "concluir motivadamente la falta de voluntad negociadora entre las partes", sin que se prevea en los conflictos de interconexión "un periodo determinado para la negociación entre las partes", bastando se infieran "posiciones difícilmente conciliables", como sería el caso, a la vista de los criterios respectivos y el más que razonable período de tiempo transcurrido desde los burofaxes iniciales." (fundamento jurídico cuarto)

En contra de lo que afirma la recurrente, en el fundamento que se acaba de reproducir la Sala de instancia hace un juicio razonable sobre la existencia de un conflicto de interconexión que se basa en una argumentación correcta tanto desde el punto de vista de los datos fácticos cuanto de las normas que regulan los conflictos de acceso e interconexión.

En efecto, la permanencia durante más de un año de una discordancia sobre tarificación de unos determinados servicios, en el caso los relativos a los SMS Premium, puede sin duda calificarse como un conflicto de interconexión, pese a no haberse suspendido el acceso por parte de la prestadora del mismo. La falta de acuerdo sobre la metodología de tarificación de dichos servicios, prolongada más allá de un determinado plazo, es más que una simple discordancia comercial y puede poner en riesgo la continuidad en la prestación del servicio. Y, en cualquier caso, al margen de dicho riesgo, las normas que regulan la capacidad de intervención de la Comisión justifican la actuación de la Comisión ante una falta de acuerdo semejante. Así, el *artículo 11.4 de la Ley General de Telecomunicaciones* dice que:

"4. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, 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. Asimismo, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá actuar, en el ámbito de sus competencias, para conseguir los citados objetivos." (redacción vigente en el momento en que se dicta la resolución administrativa impugnada)

Por su parte, el objetivo recogido en la letra a) del citado artículo 3 consiste en "fomentar la 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. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación"

Por último, el artículo 14 de la Ley señala que: "Artículo 14. *Resolución de conflictos* .

1. 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.

2. En caso de producirse un conflicto transfronterizo en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en caso de que cualquiera de las partes así lo solicite, coordinará, en los términos que se establezcan mediante real decreto, sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto con la otra u otras autoridades nacionales de reglamentación afectadas."

Los términos citados, con referencia al fomento y garantía de la adecuación del acceso y la interconexión a los objetivos del artículo 3 de la propia Ley, aseguran la capacidad de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ante un conflicto prolongado relativo a las condiciones de interconexión entre dos operadoras en cuanto a unos concretos servicios de telecomunicación. En consecuencia, las circunstancias fácticas concurrentes en el presente supuestos habilitaban a la Comisión para establecer las condiciones para la prestación de los servicios objeto del litigio o desacuerdo entre las partes.

**QUINTO** .- Sobre el motivo sexto, referido a la falta de procedimiento para acordar el establecimiento de obligaciones para los operadores de acceso.

Según entiende la recurrente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha establecido obligaciones para todos los operadores de acceso, limitando su capacidad para fijar los precios del servicio SMS Premium y el modelo de negocio a utilizar para dicho servicio. Y según lo previsto por la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas (Real Decreto



2296/2004, de 10 de diciembre), en el marco de las Directivas de 2.002 sobre la materia, la imposición de obligaciones a los operadores ha de ajustarse escrupuloso seguimiento del procedimiento establecido en ese bloque normativo nacional y comunitario, en particular en los *artículos 14 y 15 de la Directiva marco (Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo)*.

No puede prosperar el motivo. La resolución de un conflicto entre operadores supone por regla general y por su propia naturaleza la imposición de un determinado acuerdo a las partes enfrentadas, lo que implica que han de ajustarse a un determinado comportamiento en la materia litigiosa. Así pues, la previsión de que la prestación de los servicios sobre las que versa el conflicto se acomode a una determinada metodología de tarificación no puede equipararse con la imposición de obligaciones generales a los operadores con poder significativo de mercado (*artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones*) o con las recomendaciones o directrices generales sobre determinados mercados (*artículos 14 y 15 de la Directiva Marco*), que es lo que contemplan los preceptos invocados. Por el contrario, los *artículos 11.4 y 14 de la Ley General de Telecomunicaciones* avalan la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el presente supuesto, tal como ha establecido la Sala de instancia. Así, mientras el primero de dichos preceptos, al que ya hemos hecho referencia, da cobertura genérica a la actuación del regulador que se discute, el artículo 14, específicamente dedicado a la resolución de conflictos "en materia de interconexión y acceso" habilita a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a dictar "resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto", lo que supone, como ya se ha advertido, imponer a las partes una concreta solución respecto a los servicios sobre los que se ha producido la disputa. El citado precepto tan sólo prevé desde el punto de vista procedimental la previa audiencia a las partes, extremo cumplido en este caso en el que ambas partes alegaron lo que a su derecho convino en relación con el conflicto suscitado por la mercantil Alterna.

El motivo debe ser por tanto desestimado.

**SEXTO** .- Sobre al motivo séptimo, relativo al sistema de tarificación.

En el último motivo la compañía recurrente aduce que se han conculcado las normas que se invocan toda vez "que no se ha tenido en cuenta en su justa medida el verdadero valor añadido que aportan los operadores de acceso a los servicios SMS Premium, que permiten justificar el modelo *revenue sharing*".

La parte se limita en este motivo a discrepar de la solución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y que es asumida por la Sala de instancia, en relación con la concreta fijación de precios de los servicios SMS Premium en litigio. Sin embargo, en dicha solución, ***tal como se especifica en el párrafo que se recoge en la Sentencia impugnada, la Comisión tiene en cuenta tres conceptos adicionales sobre los costes de un SMS convencional: un margen suplementario por los mayores costes de facturación y cobro, un coste extra por insolvencia que pudieran generar el tipo de clientes de este servicio, y lo que pueda corresponder a prestaciones específicas de los SMS Premium***. Es claro por tanto que en la propia resolución impugnada la Comisión tuvo en cuenta la existencia de sobrecostes en relación con dichos servicios, por lo que la argumentación de la parte se reduce a una mera discrepancia sobre la concreta metodología o cuantía de tarificación adoptada, sin que se esgriman razones jurídicas que evidencien que la solución adoptada por la Comisión y avalada por la Sala de instancia sea contraria a derecho

**3.2.-** La Sentencia- que resuelve la intervención de la CNMT en lo relativo a la fijación de las tarifas del sistema, y analiza, como se señala, el verdadero valor añadido que aportan los operadores de acceso a los servicios "SMS Premium" (*mensajes de texto o multimedia que suponen el pago de retribución añadida por la prestación de algún servicio*) y a la razonabilidad o no del modelo denominado "revenue sharing".

**4.-** En efecto, como señala la sentencia citada " *Ese sistema de facturación descansa en la compartición de ingresos minoristas, en el que las remuneraciones percibidas por el proveedor de servicios "SMS Premium" (en este litigio ALTERNA) como por el operador móvil se determinan como un porcentaje sobre el precio final del servicio, esto es, la retención verificada por los operadores móviles se subordina al precio final del "SMS Premium". La discriminación de precios que se invoca en el conflicto se basa en que una empresa fija diferentes precios para dos productos análogos con mismo coste. En otras palabras, el "revenue sharing" comporta que los proveedores de servicios "SMS Premium" han de compartir sus ingresos con los operadores de acceso* .

**5.-** Por tanto no puede sostenerse, como hace la demandante, sobre esta estructura de negocio que su posición sea la de un mero intermediario: 1) en el que el sistema de precio y su reparto entre la operadora y el proveedor se ha fijado heterónomamente por la CMNT dada la posición de dominio de las operadoras como revela la sentencia; 2) que se factura por la sociedad accionante a su cliente sin desglose de ningún concepto en el precio del servicio prestado por el proveedor y el reparto interno "tarifario" con el operador, 3) que previamente no ha comprobado que el uso de su red telefónica por el proveedor de contenidos ha sido autorizado por su cliente (abonado, usuario final etc.) aquel según se deriva de lo dispuesto en el artículo decimoctavo bis y concordantes de 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, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en relación con los artículos 4 f), 5.2, 8, 12, 21 y ss y 26 y ss. del RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas; 4) que además, los precios que se reflejan en la factura, al no estar desagregados, no permiten al cliente - y tampoco al operador o al proveedor- no solo no saber si abona por el servicio realmente consumido, sino que parte de ese reparto de ingresos (el tradicional 50-50 al margen del precio que estableciera el proveedor de contenidos) va a la operadora y cuál va a la proveedora de contenido, 5) que se establece la carga o deber de desconexión de los servicios según los artículos 3 f), 8,1 c), 21 y 22 y 24 de la Carta de derechos del usuario y correlativos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Decimoctavo y concordantes de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y concordante artículo 10.4º y 5º de la 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,

**5.1.** - Esa estructura de *intermediación* encaja mal con la categorías invocada al uso, sin perjuicio de los pronunciamientos de orden civil dictados en reclamaciones interpartes por impago de los mismos que se citan por la actora. En este orden de cosas, además no es invocable la exención de responsabilidad a la que se refiere el artículo 14 de la LSSI de 2002 que tiene su correlato en lo dispuesto en el apartado 8 de la Orden ITC/308/2008 de 31 de enero, al señalar que las operadoras ("operadoras de acceso") no serán "responsables por la información transmitida", y de modo especular, señala que los "operadores titulares de los números serán responsables de los servicios y contenidos suministrados". La declarada exención o su correlativa atribución se refieren a su contenido pero no al negocio de acceso formal a través de las redes de la operadora a los servicios.

**6.-** ¿Ha de entenderse que la operadora no comprueba y verifica quién está legal o contractualmente habilitado para usar su línea de teléfonos contratada con los reclamantes, no solo como mero usuario de un *derecho de conexión o interconexión*, sobre el que ha de informar, sino como sustento de un negocio que utiliza como soporte la propia red de la operadora accionante (*operadora móvil, pero también operadora de acceso*, etc), negocio por el que percibe además, una retribución en los términos indicados mediante el sistema de *revenue sharing* ?".

**7.** - Esta cuestión del alta en servicios de tarificación adicional es recurrente. La reciente SAN del 3 de mayo de 2016 (ROJ: **SAN 1687/2016** - ECLI:ES: AN:2016:1687) Sentencia: 268/2016 | Recurso: 304/2013 | Ponente: FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO) resaltaba que resulta incuestionable que los servicios de SMS *Premium* de suscripción han supuesto un número elevado de quejas de usuarios, "tal y como se constata con facilidad por los recursos que esta Sala ha examinado sobre cancelación de número corto".

**7.1.-** Al hilo de los diversos pronunciamientos sobre la resolución de esas quejas puede discutirse, - con las consecuencias de orden competencial que había declarado la jurisprudencia- si el contrato de provisión de contenidos SMS *Premium*, formalizado mecánicamente por vía electrónica ordinariamente- causa por la que de modo subsidiario la actora sostiene que dado el mecanismo empleado ha de presumirse el consentimiento del usuario final, es o no un servicio de comunicaciones electrónicas a efectos de las obligaciones de la sociedad recurrente como operadora telefónica (*contrario atque secundum sensu* artículo

1.2 de la LGT, que excluye de la misma los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas).

**7.2.** - A este respecto, por citar algunos de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ocupado de esta cuestión más allá de la meramente competencial, señalaba la SAN, Contencioso sección 8 del 01 de julio de 2015 (ROJ: **SAN2537/2015** - ECLI:ES: AN:2015:2537) Sentencia: 178/2015 | Recurso: 412/2013 | Ponente: JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ) que las reclamaciones referidas a SMS *Premium*, carecen de adecuado encaje en el servicio de comunicaciones electrónicas, pues se trata de un servicio que se soporta en éste - artículo 1.2 LGTel-, lo cierto es que, conforme a lo establecido en los artículo 23.1 del Real Decreto 899/2009 y 89 de la Ley30/1992, debió haberse dado traslado al operador y recabarse cuanta documentación fuera oportuna, en concreto todas las facturas cuestionadas, para su examen y comprobación, en concreto a los efectos previstos en artículo 23, apartado 1 -desglose de conceptos-, y determinar, en su caso, la suspensión o no del servicio. No ha sido así, sin embargo".

**7.3.-** Empero, aun admitiendo "ad argumenta" que se trata de un servicio de contenido "SMS *Premium*", y que la recurrente amen de operadora móvil era operadora de acceso, su intervención estaría sujeta a las exigencias



de los artículos 23 , 24 , 27 y 28 y concordantes de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información, en relación con los preceptos ya indicados tanto de la Carta de derechos del Usuario cuanto de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y correspondientes de la Orden ITC 308/2008 de 31 de enero a los que nos hemos referido *supra*.

**7.4.-** Y lo que es relevante, dado el régimen de distribución de competencias en materia de consumo, quedarían sujetos a lo dispuesto en el artículo 60 , 60 bis y 63 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* que modulan las instituciones civiles que están en la base del contrato, en relación con el artículo 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco , y 9 de la LPS, en relación con los artículos 2, 3 e) y k), 5, 7, y concordantes de la Orden ITC/1039/2007 de 12 de abril.

**8.-** De lo expuesto ha de concluirse que la intervención de la operadora ( que es operadora móvil pero también operadora de acceso etc.) no se limita a la de ser un mero intermediario sino que su intervención en este servicio de contenidos Premium, está sujeta también a una serie de obligaciones, sin necesidad de analizar su condición de garante en la prestación del servicio de telefonía - *ex artículo* 130.2 de la LPAC - .

**8.1 .-** De modo que únicamente puedan emplear el mismo aquellos que estén previamente autorizados por el cliente y titular de la línea asignada, de manera que quede reflejado el consentimiento inequívoco del usuario final y abonado - que son, o eran, sus clientes - en la recepción a través de la red de la que es titular de esos servicios, y que facturará posteriormente al mismo en los términos y mediante el sistema " *revenue sharing* " .

**8.2.-** Es su propia participación en los hechos, y su conducta omisiva una vez deducidas las reclamaciones de sus clientes, que es cooperador necesario, que es, a efectos de responsabilidad, un modo de autoría según el artículo 9 de la LPS.

**9 .-** En suma, no se impone una sanción por una infracción o sanción solidaria a la firma accionante - solidaridad propia o impropia como operadora con la firma proveedora de contenidos según las definiciones antes indicado- sino por hecho propio.

**DÉCIMO .-** 1.- Sobre esta cuestión, como se ha alegado, además, por la demandada, se pronunció SJCA, número 2 del 20 de abril de 2012 (ROJ: **SJCA 2055/2012** - ECLI:ES:JCA:2012:2055) Sentencia: 78/2012 | Recurso: 165/2011 | Ponente: MARTA TUDANCA MARTINEZ), y lo hizo en los términos siguientes:

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Orden Foral de fecha 21 de febrero de 2011 dictada por el Consejero de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 7 de octubre de 2010 dictada por la Directora de consumo del citado Departamento en expediente sancionador nº NUM000 por la que se sanciona a la mercantil recurrente France Telecom España SA con una multa de 4.000 €, como autora responsable de una infracción leve tipificada en el *art. 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco* . Se funda el recurso, en esencia, en los siguientes motivos: a) la no concurrencia de los requisitos establecidos para la derivación de responsabilidad *ex arts. 1902 y 1903 del Código Civi I* ; b) falta de responsabilidad de France Telecom; c) vulneración del principio de proporcionalidad. La Administración demandada se ha opuesto a la demanda en base a los motivos expuestos en su contestación a la demanda a la que me remito a fin de evitar repeticiones innecesarias.

**SEGUNDO.-** De lo actuado en el expediente administrativo se desprenden los siguientes hechos: En fecha 10 de noviembre de 2009 D. Oscar presentó reclamación ante el Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco en la que como cliente de Orange, solicitaba la devolución de los SMS cobrados en su factura y que no había solicitado, correspondientes a los meses de septiembre, octubre, y noviembre y la baja definitiva de dicho servicio, uniéndose las facturas correspondientes, en las que se constata el cobro de los SMS recibidos. Cursado requerimiento de determinados documentos a Nvia Gestión de Datos SL en su calidad de prestador del servicio de mensajería y a Orange-France Telecom España SA, la primera no contestó y la segunda respondió que la tarificación se ha realizado correctamente. Sin embargo por ninguno de las citadas empresas se remitió documentación acreditativa de la voluntad del reclamante de contratar el Servicio de Mensajería Premium, ni contrato firmado, ni información dada al cliente, por lo que da por constatada la no acreditación de la voluntad de contratar del cliente, ni asunción de responsabilidad alguna por la operadora.

La misma reclamación presentó D. Juan Alberto en fecha 26 de octubre de 2009, manifestando su ausencia de voluntad en la contratación de dicho servicio que aparece en sus facturas en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2009, uniéndose las facturas correspondientes, en las que se constata el cobro de los SMS recibidos. Cursados los referidos requerimientos, por Nvia Gestión de Datos SL no se contestó y la recurrente France Telecom, respondió que este requerimiento debe ser dirigido a la empresa que proporciona el servicio,



manifestando que no se había observado anomalía alguna en la facturación objeto de reclamación. En este caso tampoco se remitió documentación acreditativa de la voluntad del reclamante de contratar el Servicio de Mensajería Premium, ni contrato firmado, ni información dada al cliente, por lo que da por constatada la no acreditación de la voluntad de contratar del cliente, ni asunción de responsabilidad alguna por la operadora.

A la vista de lo anterior la Directora de Consumo dictó resolución de incoación de expediente sancionador a France Telecom España SA, en fecha 10 de junio de 2010.

**TERCERO.-** La resolución impugnada considera que los hechos anteriormente descritos son constitutivos de una infracción del *art. 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuaris del País Vasco*, en relación con los *arts. 62.1 y 63.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ya que no se ha acreditado la voluntad inequívoca de los reclamantes de contratar el servicio de Mensajería Premium que se les ha facturado, ni la entrega de documento acreditativo de las condiciones esenciales del contrato, incluidas las condiciones generales, ni que éstas hayan sido aceptadas por el cliente. El *art. 50.6 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre*, que define el tipo como "En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones expresamente establecidos por la normativa vigente en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias y disposiciones complementarias." El *art. 62.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* establece que en la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso de poner fin al contrato". Y en el *art. 63.1* se impone la obligación de entregar, en los contratos con consumidores y usuarios, recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.

Alegaba en su descargo la recurrente en el expediente que no se le puede imputar el mencionado incumplimiento ya que los servicios **SMS Premium** no fueron contratados con ella sino con Nvia Gestión de Datos SL, consistiendo la intervención de France Telecom únicamente en el traslado de los datos a través de la red, careciendo de legitimación pasiva, ya que no es responsable del daño causado. Frente a ello, la Administración entendió que el operador móvil es el que factura al usuario final por el acceso a un servicio que se oferta a través de mensajes **SMS Premium** y de la cantidad total facturada el operador móvil retiene el importe correspondiente a los mensajes cortos enviados, dependiendo la retribución que recibe el proveedor de la cantidad que el operador móvil detraiga del precio que se cobra al usuario final. Una vez alcanzado el umbral del tráfico fijado por dicho operador móvil, el prestador de servicios estaría retribuyendo al operador móvil por los costes de prestación del servicio y estaría cediendo un porcentaje del precio total del servicio que se le factura al usuario final. Por ello concluye que France Telecom., como tal operadora de acceso, es responsable directa frente a los reclamantes. Entiendo que, efectivamente, con independencia de si es aplicable la responsabilidad extracontractual en el presente supuesto, ha quedado acreditado que France Telecom España SA ha facturado a los reclamantes un servicio que no ha sido contratado por sus clientes, y en uno de los casos incluso ni la empresa Nvia Gestión de Datos SL prestadora del servicio tenía conocimiento del alta, remitiéndose dichos mensajes a través de su red y línea contratada por los reclamantes, cobrando la recurrente dichos mensajes en la factura que emite para el cobro de sus propios servicios y finalmente obteniendo un lucro de todo ello. Por tanto no es de recibo que alegue que no ha tenido intervención alguna en la contratación del Servicio de Mensajería Premium.

En este sentido se ha pronunciado en un supuesto análogo al presente, el *Juzgado nº 3 de Vitoria-Gasteiz en sentencia 79/12, de 30 de marzo de 2012*, en la que se señala: "Además, en relación con la responsabilidad de la operadora, debemos advertir que esta es la que efectúa la facturación y por tanto el cobro del servicio, al parecer no contratado, razón por la que no cabe alegar que nada tiene que ver con el servicio, incluso, se afirmó por el letrado autonómico y no fue contradicho en el proceso que la compañía aquí recurrente percibe una parte de aquella facturación. En definitiva, lejos de eludir toda responsabilidad, parece que France Telecom España SAU actúa como cooperador necesario en el negocio, pues sin su participación no es posible hacer llegar a los abonados sus contenidos. Al respecto debe tenerse en consideración que el *art. 7 de la Instrucción Técnica Complementaria 1030/2007, de 7 de abril*, que regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadoras de servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Orden Ministerial exige, a efectos probatorios de la existencia de contrato, que el operador tiene el deber de acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido, indicándose además, los soportes a través de los que se puede demostrar la existencia del contrato.

Y en su fundamento Cuarto, acogiendo la alegación que realiza el Gobierno Vasco, y aquí también, señala:

"En otro orden de cosas debemos estimar la alegación del letrado del Gobierno Vasco en relación a los incumplimientos por parte de la operadora, así resulta que el *art. 4.1.2 y 3 del denominado Código de Conducta*





, aprobado por el Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, del 29 de junio de 2009 (BOE de 27 de julio de 2009), y con carácter vinculante para todos los operadores, establece que la retribución por la prestación de servicios de tarificación adicional únicamente deberá producirse por servicios expresamente solicitados por el usuario y efectivamente prestados. Por su parte, los apartados 4.1.2 y 3 establecen que los operadores que presten servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional se sujetan a las obligaciones y responsabilidades establecidas en el Código de Conducta para el titular del número. En fin, el apartado 6.1.6 establece que únicamente será válida la manifestación de la voluntad del usuario de contratar el servicio confirmada a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado, o a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado, o a través de alguna de las tres modalidades ( o vías ) allí añadidas."

Resulta conducente asimismo traer a colación las consideraciones que efectúa la *Audiencia Nacional en sentencia de 14 de setiembre de 2009* que " es evidente que el operador del servicio tiene la específica obligación de garantizar que el prestador cumpla con las obligaciones que le corresponde frente a los usuarios y consumidores finales...". "Que esta obligación no puede entenderse cumplida simplemente con la firma entre el operador y el prestador del servicio de un contrato tipo en el que por parte del primero se exija al segundo el cumplimiento de ...la obligación que exige el Código de Conducta". "En definitiva, considera inaceptable que la importante obligación de garantía que le viene encomendada al operador, tanto por la Ley ( General de Telecomunicaciones), como por el Reglamento, quede cumplida únicamente con la simple inclusión en el contrato de una cláusula referida a la obligatoriedad por parte del prestador del servicio de suministrar de manera correcta la información necesaria". En la misma línea argumental el último párrafo del fundamento jurídico tercero de la *Sentencia de 12 de febrero de 2010* declara : " .... con independencia de las obligaciones específicas que incumben al prestador de servicios, es indudable que el operador no puede limitarse en su función de garantía- como pretende el recurrente- a formalizar un contrato tipo en el que se recoja el Código de Conducta, sino que requiere una conducta activa de comprobación de que el prestador que utiliza la red proporcionada por el operador cumple la normativa que salvaguarda los derechos finales de los usuarios, especialmente cuando dicha comprobación es fácil de realizar..". (...)

En consecuencia, y por todo lo expuesto, debe desestimarse el presente recurso contencioso-administrativo.

2.- Sin perjuicio de que la Sentencia se dictara antes de la anulación por la STS precitada el Código de Conducta, no apreciamos la concurrencia de motivos para apartarnos de su criterio.

**UNDÉCIMO** .- Procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente.

**DUODÉCIMO** .- Concurren los supuestos previstos en el artículo 139 de la LJCA para la no imposición de costas.

Visto los preceptos legales de aplicación.

#### **FALLO:**

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, confirmando la resolución impugnada y declarándola ajustada a derecho sin imposición de costas a la recurrente.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA , en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que, en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. MAGISTRADO que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.