



IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 24/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de julio de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de julio de 2008, 3 de diciembre de 2008 y 27 de abril de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asignó a ALTERNA PROJECT MARKETING S.L. (en adelante, ALTERNA), como operador prestador de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes (en adelante, Proveedor de Servicios SMS Premium), recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de tarificación adicional a través de mensajes cortos¹ (en adelante, Servicios SMS Premium).

SEGUNDO.- El día 25 de marzo de 2009, ALTERNA, mediante tres burofaxes, comunicó a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, TME), FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTE) y VODAFONE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Vodafone), todos ellos titulares de redes que prestan servicios de telefonía móvil, su intención de celebrar acuerdos con cada uno de ellos para la prestación de servicios SMS Premium.

TERCERO.- Con fecha 14 de mayo de 2009, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de la entidad ALTERNA, por el cual viene a

¹ Resolución de 31 de julio de 2008 sobre la asignación inicial de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2008/176); Resolución de 3 de diciembre de 2008 relativa a la solicitud de ALTERNA Project Marketing, S.L. de asignación de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2008/700) y Resolución de 27 de abril de 2009 relativa a la solicitud de ALTERNA Project Marketing, S.L. de cancelación de asignaciones y asignación de nuevos recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (DT 2009/629).



presentar conflicto de acceso frente a TME, FTE y Vodafone, debido a la negativa de dichos operadores de negociar y llegar a un acuerdo para la prestación de Servicios SMS Premium. En concreto, ALTERNA señalaba lo siguiente:

- a. Que, tras el plazo que se ha dado a los referidos operadores para negociar y llegar a un acuerdo, no se ha recibido contestación de ninguno de ellos.
- b. Que, en la actualidad, el uso de los servicios contratados para la prestación por ALTERNA de Servicios SMS Premium comporta necesariamente que el operador de acceso perciba aproximadamente el 50% de los ingresos finales procedentes del valor añadido, independientemente de la tarifa prefijada del mensaje tipo Premium, siendo siempre el servicio prestado el mismo.

Sobre la base de lo anterior, ALTERNA solicita a esta Comisión que (i) se imponga a los tres operadores móviles la obligación de celebrar acuerdos con ALTERNA que permitan la interoperabilidad de los Servicios SMS Premium desde sus respectivas redes; (ii) que se determine que las condiciones técnicas a incluir en los acuerdos sean las más eficientes de implementar en función del coste asociado entre los operadores involucrados; (iii) que se determine que las condiciones económicas recogidas en los acuerdos se atengan a los principios de separación contable y (iv) que se adopten medidas cautelares tendentes a que, en tanto se celebren los oportunos acuerdos, se puedan prestar por parte de ALTERNA los Servicios SMS Premium de texto lo antes posible, en unas condiciones razonables, procediéndose a su posterior regularización.

CUARTO.- Con fecha 28 de mayo de 2009, esta Comisión solicitó a ALTERNA la mejora de su solicitud con el fin de aclarar su escrito de denuncia y que remitiera determinada información detallada al respecto.

QUINTO.- Con fecha 15 de junio de 2009, ALTERNA completó su solicitud aportando la información requerida en relación con la supuesta negativa a negociar por parte de los tres operadores móviles, así como la numeración mediante la que ALTERNA desea prestar los servicios a través del envío de mensajes cortos.

SEXTO.- Mediante escritos de fecha 23 y 24 de julio de 2009, se notificó a ALTERNA, TME, FTE y Vodafone la apertura del presente procedimiento, dando a los tres últimos operadores traslado de la denuncia de ALTERNA y requiriéndoles en el mismo acto la remisión de determinada información y documentación para la correcta tramitación del expediente.

SÉPTIMO.- Con fecha 6 y 11 de agosto de 2009, tuvieron entrada los escritos de FTE, TME y Vodafone dando contestación a los requerimientos evacuados por parte de esta Comisión.

OCTAVO.- Mediante escritos de fecha 21 de septiembre de 2009, con salida de esta Comisión el día 23 del mismo mes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 21 de septiembre de 2009. En dicho Informe se proponía desestimar la solicitud realizada por el prestador de servicios de tarificación adicional ALTERNA mediante el envío de mensajes cortos.



NOVENO.- Con fecha 5 de octubre de 2009, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido (en adelante, AVA), por el que solicitaba que se le tuviera por personada en el procedimiento administrativo de referencia, alegando un interés legítimo en la decisión que finalmente se adoptara y efectuando una serie de alegaciones.

Con fecha 7 de octubre de 2009, se comunicó a AVA su condición de interesado en el presente procedimiento, incorporándose al mismo las alegaciones expresadas en su escrito de personación.

DÉCIMO.- Dentro del plazo concedido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TME presentó escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 6 de octubre de 2009. En el mismo manifestaba la necesaria desestimación de la denuncia planteada por ALTERNA habida cuenta de que para alcanzar acuerdos con este prestador prima el principio de libertad de pactos, tal y como reconoce 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 (en adelante, Orden ITC/308/2008).

Del mismo modo, con fecha 6 de octubre de 2009, FTE presentó escrito de alegaciones en el Registro de esta Comisión manifestando la inexistencia de negativa a renegociar las condiciones hasta ahora vigentes con ALTERNA.

Por su parte, con fecha 9 de octubre de 2009, Vodafone presentó escrito ante esta Comisión manifestando su conformidad con la propuesta contenida en el Informe de los Servicios de 21 de septiembre de 2009.

Por último, ALTERNA presentó escrito de alegaciones con fecha 8 de octubre de 2009, en el que reiteraba lo manifestado en su escrito de denuncia de 14 de mayo de 2009 en relación con la retención del 50% de los ingresos finales por el operador de acceso, aportaba nueva documentación al respecto y señalaba que:

- *“Las condiciones económicas exigidas –que no negociadas- por éstos [los operadores móviles] no son proporcionadas en tanto que no se corresponden con los servicios prestados [...].*
- *[...] El régimen económico que imperativamente le quieren imponer los operadores, régimen que pasa por un sistema de precios absoluta y desmesuradamente abusivo, que comporta que mi mandante, en lugar de ser cliente de los operadores sea socia de ellos y los operadores participen en el negocio de mi mandante, cobrando un porcentaje de los rendimientos que ésta percibe y no un precio por los servicios que prestan” (Página 29).*

“El sistema de cobro instaurado por Telefónica y seguido por Orange y Vodafone, impide a mi representada y a cualquiera otras empresas del mismo sector, desarrollarse como tales estando obligadas a sufrir un permanente abuso (dicho sea con todos los respetos) a favor de las entidades que integran el oligopolio de la telefonía móvil en España”.

UNDÉCIMO.- Con fecha 23 de octubre de 2009, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de la Asociación Empresas Servicios a Móviles (en adelante, AESAM), por el que se solicitaba que se le tuviera por personada en el procedimiento administrativo de referencia.



Con fecha 27 de octubre de 2009, se comunicó a AESAM su condición de interesado en el presente procedimiento, pudiendo obtener vista del expediente y aducir las alegaciones y los documentos que tuviere por convenientes

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de octubre de 2009 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones adicionales de la entidad ALTERNA aportando nueva documentación.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 26 de octubre de 2009, por parte de esta Comisión se evacuó requerimiento a FTE, TME y Vodafone para que dichas entidades aportaran determinada información y documentación relevante en el marco del procedimiento. Estos requerimientos fueron contestados con fecha 6 y 10 de noviembre de 2009.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 29 de octubre de 2009 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones adicionales de la entidad ALTERNA aportando nueva información acerca de las reversiones que se obtienen en la cadena de valor del servicio SMS Premium.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 2 de noviembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de ALTERNA por el cual viene a plantear conflicto contra XFERA MÓVILES, S.A. (en adelante, Xfera) y EUSKALTEL, S.A. (en adelante, Euskaltel) en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium.

DECIMOSEXTO.- Con fecha 2 de noviembre de 2009, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del interesado AESAM mediante el cual vino a realizar alegaciones.

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 2 de diciembre de 2009, se notificó a Xfera, Euskaltel y ALTERNA el inicio del conflicto presentado por ésta y su acumulación al procedimiento MTZ 2009/822 por su identidad sustancial e íntima conexión. En el mismo acto, se requirió por esta Comisión a Xfera y Euskaltel determinada información necesaria para la correcta tramitación del expediente. Con fecha 21 y 29 de diciembre se recibieron los escritos de contestación a estos requerimientos.

Asimismo, con fecha 2 de diciembre de 2009 se notificó al resto de interesados el inicio del conflicto presentado por ALTERNA y su acumulación al procedimiento MTZ 2009/822 por la identidad anteriormente señalada.

DECIMOCTAVO.- Con fecha 1 de diciembre de 2009 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de FTE por el cual venía a realizar una serie de manifestaciones en el marco del procedimiento.

DECIMONOVENO.- Con fecha 10 de febrero de 2010, se remitió un nuevo requerimiento a todos los operadores interesados y a AESAM sobre Ingresos y tráficos procedentes de los servicios de mensajes Premium tanto a nivel nacional como internacional. A finales de febrero y principios de marzo, se recibieron las contestaciones de todos los interesados.

VIGÉSIMO.- Ante los nuevos datos recibidos, los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones elaboraron un nuevo informe sobre la posible resolución del conflicto, por lo que con fecha 30 de abril de 2010, se procedió a comunicar a los



interesados la apertura de un nuevo trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión de fecha 29 de abril de 2010.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Todos los interesados, salvo Euskaltel, presentaron alegaciones al nuevo informe de audiencia.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- A lo largo del procedimiento se han declarado confidenciales los datos aportados por los interesados que pudieran afectar a su secreto comercial o industrial.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El presente procedimiento tiene su origen en el planteamiento de un conflicto por el proveedor de servicios SMS, ALTERNA, frente a determinados operadores móviles. En su escrito, ALTERNA solicitaba que se impusiera a los operadores móviles la obligación de celebrar acuerdos que permitiesen la interoperabilidad de los servicios SMS Premium, así como el establecimiento de una serie de condiciones técnicas y económicas.

Desde el punto de vista técnico, ALTERNA pidió que las soluciones fueran las más eficientes de implementar en función del coste asociado para los operadores involucrados.

Por lo que se refiere a las condiciones económicas, ALTERNA solicitó la modificación de sus condiciones contractuales con los operadores móviles y que se fijasen, como importes a percibir por los operadores del servicio telefónico móvil, las siguientes cantidades:

CONCEPTO	IMPORTE
Facturación y cobro	0,02 Euros/mensaje
Encaminamiento de mensajes asociados (precio mensaje soporte)	0,15 Euros/mensaje
Mensajes complementarios (información, confirmación o rechazo)	0,06 Euros/mensaje

Importes solicitados por Alterna

En el momento de interponer el conflicto ante esta Comisión, ALTERNA estaba prestando el servicio de SMS Premium a través de las redes de los operadores móviles que son parte del presente procedimiento, si bien ALTERNA considera que las condiciones no habían sido realmente negociadas entre las partes.

Por tanto, el presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de acceso planteado por ALTERNA contra TME, FTE, Vodafone, Xfera y Euskaltel en relación con las condiciones técnicas y económicas vigentes entre el Proveedor de servicio SMS Premium, ALTERNA, y cada uno de estos operadores que prestan servicios de comunicaciones móviles para la prestación del servicio de acceso.



II.2 COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la solicitud presentada por ALTERNA, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos que se planteen entre ellos. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3.d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión.

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que 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 del mismo texto legal.

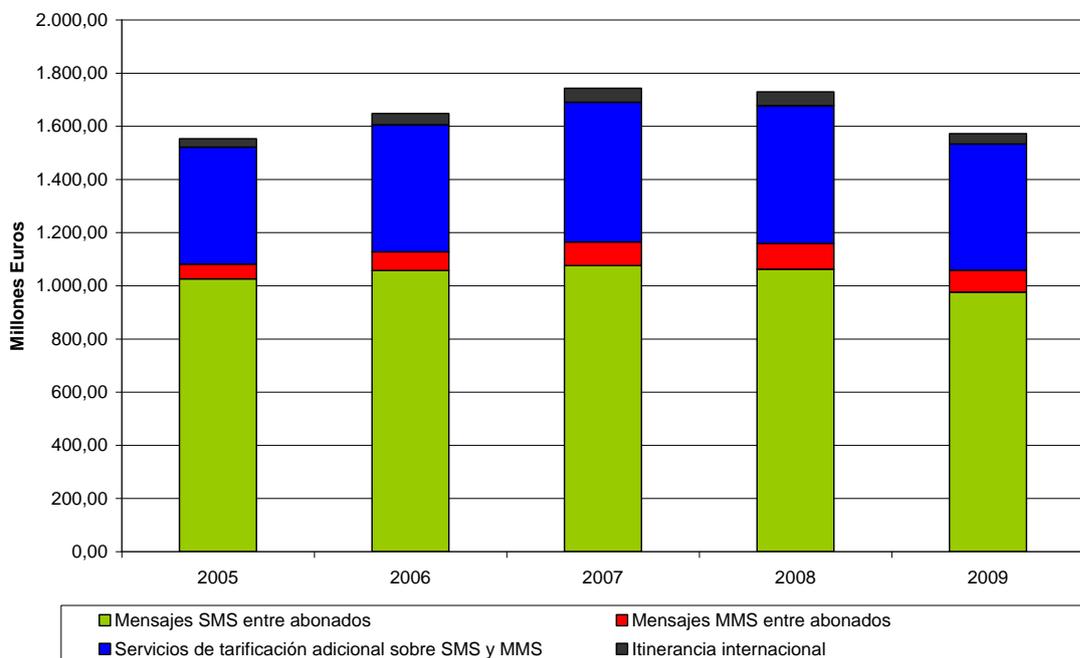
II.3 MERCADO DE LOS SERVICIOS DE MENSAJES CORTOS DESDE REDES MÓVILES

II.3.1. Evolución de los servicios de mensajes cortos

De acuerdo con los datos del Informe Anual 2009, los operadores móviles facturaron por los servicios de mensajes cortos desde redes móviles más de 1.500 millones de euros, lo que supuso el 10,8% de la facturación total. Como se muestra en el gráfico siguiente, los SMS Premium se configuran como la segunda fuente de ingresos, después de los SMS entre abonados, con una facturación total de 475 millones de euros (el 30% del total).



Gráfico 1. Evolución de la facturación de los servicios de mensajes cortos



Fuente. Informe Anual 2009.

En términos del número de mensajes cortos cursados, el peso de los SMS Premium es inferior (un 20% del total) al que supone en términos de ingresos, dado que su precio es relativamente más alto.

En el punto siguiente se describe, de forma detallada, cómo se prestan, desde un punto de vista técnico, los servicios SMS Premium al objeto de determinar si las diferencias de ingreso medio anterior podrían explicarse sobre la base de diferencias en los elementos de red necesarios para prestar el servicio.

II.3.2. Caracterización del servicio SMS Premium

El servicio SMS Premium consiste en un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el cual se permite realizar el envío de mensajes de texto o mensajes multimedia que conllevan el pago por los usuarios 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, comunicación u otros.

a) Agentes participantes en los servicios SMS Premium

Los principales agentes que participan en los servicios SMS Premium son los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios SMS Premium y los operadores de acceso, que a continuación pasan a describirse:

- (i) Proveedor de contenido: aquél que dispone de los contenidos solicitados por los usuarios finales y que por su actividad no requiere estar inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión.



- (ii) Operador de almacenamiento y reenvío de mensajes o proveedor de servicios SMS Premium: el titular de los recursos de numeración y el encargado de proporcionar la conexión directa al centro de servicio de mensajes cortos (SMSC) de las redes públicas de telefonía móvil de los distintos operadores. Estas entidades para ofrecer sus servicios a los usuarios de un operador de acceso necesitan llegar a un acuerdo con el citado operador, estar inscritos en el Registro de Operadores de esta Comisión y disponer de numeración asignada.
- (iii) Operador de acceso: operador que dispone de los elementos de red necesarios para la provisión al usuario final del acceso al servicio de mensajes y que es responsable, asimismo, de la facturación y cobro de los servicios prestados. Este operador es el encargado de encaminar las llamadas a la numeración asignada al proveedor de servicios SMS Premium hacia la plataforma de éste, para que el proveedor pueda prestar el servicio solicitado por el usuario final del operador móvil.

Estos servicios se prestan con características técnicas similares sobre las redes fijas, son los servicios de tarificación adicional de voz.

b) Condiciones técnicas para la prestación del servicio SMS Premium

Una vez definidos los distintos agentes que intervienen en la prestación de los servicios SMS Premium, procede describir el escenario técnico mediante el cual se presta este tipo de servicios, al objeto de determinar las interacciones necesarias entre los distintos agentes para la prestación del mismo.

Los servicios de mensajería Premium están basados en la capacidad que existe en las redes para enviar mensajes entre usuarios. No obstante el intercambio de mensajes entre los usuarios de los operadores móviles y los prestadores de servicios SMS Premium desencadena unos procesos y un encaminamiento a través de la red móvil que difieren de aquellos que se producen cuando se intercambian mensajes entre usuarios móviles.

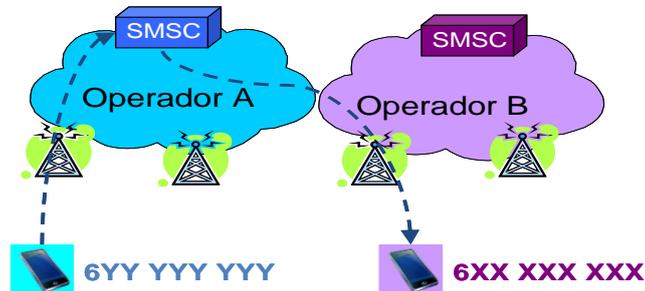
II.3.3. Escenario SMS Premium

En ambos escenarios, envío de mensajes entre usuarios o acceso a un servicio SMS Premium, la entrega del mensaje es controlada por el servidor de mensajería al que pertenece el usuario móvil, denominado SMSC (*short message service center*).

En la actualidad, los SMS enviados entre usuarios, tal como señala la especificación 3GPP TS 23.040 relativa a la “*Technical realization of Short Message Service (SMS)*”, son gestionados directamente por el SMSC del operador al que pertenece el usuario que ha originado el SMS, sin transitar por el SMSC del operador destino, tal como se muestra en la siguiente figura.



SMS de 6YY YYY YYY a 6XX XXX XXX



La arquitectura de red mediante la que se presta el servicio, en particular la no definición de una interfaz de comunicación entre las plataformas SMSC, provoca que un proveedor de servicios SMS Premium deba interconectar su plataforma con la correspondiente plataforma del operador de móvil (SMSC) para que los usuarios de este operador móvil puedan acceder a los servicios que el proveedor de servicios SMS Premium presta, tal como se muestra en la siguiente figura:



En consecuencia, la interoperabilidad, entendida como la posibilidad para los clientes de acceso de cualquiera de los operadores móviles, de acceder a los servicios ofertados por cualquier proveedor conectado a uno solo de ellos, no es posible técnicamente en el estado actual de desarrollo del estándar GSM y, por tanto, para que un prestador de servicios SMS Premium pueda prestar sus servicios a todos los usuarios móviles debe llegar a acuerdos con todos y cada uno de los operadores móviles.

No obstante, incluso en un hipotético escenario en el que pudiera existir cierta interoperabilidad², el prestador de servicios SMS Premium debería llegar a un acuerdo con el operador móvil al que pertenece el abonado puesto que para la prestación del servicio Premium se consumen una serie de recursos de red del operador móvil al que pertenece el abonado (red de acceso radio, red core, SMSC, servicio de facturación, etc.)

² La especificación técnica 3GPP TS 23.142 de septiembre de 2009, sobre Value-added Services for SMS (desvío de SMS, filtrado de SMS, auto respuesta, etc.). contempla una interfaz entre SMSC (Rf-b) que en función sus características podría permitir en un futuro cierta interoperabilidad.



Asimismo, existen algunos servicios prestados mediante SMS Premium, principalmente los servicios de descargas (aplicaciones Java, imágenes, polítonos, etc.) que están basados en servicios WAP push³. En estos escenarios de forma adicional a la conexión con el SMSC el proveedor de servicios SMS Premium debe disponer de conexión a la red de datos del operador móvil (WAP Gateway/WAP proxy) a la que pertenece el usuario al objeto de que este usuario tenga la capacidad de descargar el contenido mediante una conexión GRPS.

II.3.4. Escenario MMS Premium⁴

Los servicios MMS Premium suponen un porcentaje muy pequeño respecto al volumen de servicios de mensajes Premium. Según los datos publicados en el Informe anual de esta Comisión de 2008, los MMS de valor añadido únicamente suponen un 4,18% del total de mensajes de valor añadido cursados, representando el 0,3% de los ingresos provenientes de los servicios de mensajes de valor añadido.

En este caso, tal como se describe en el Anexo 2 el esquema es similar al esquema planteado para los servicios SMS, con la excepción de que en este caso si que existe una interfaz de comunicaciones entre los elementos encargados de gestionar los mensajes multimedia MMSC (Multimedia Messaging Service Center).

No obstante, a pesar de la existencia de dicha interfaz, el estándar define una interfaz adicional para que los proveedores de servicios de mensajes cortos se conecten a todos y cada uno de los MMSC, de forma análoga a lo que sucede en el ámbito de los SMS Premium.

II.3.5. Sustituibilidad entre los servicios SMS y SMS Premium

De acuerdo con la descripción técnica anterior pueden diferenciarse dos servicios subyacentes en la prestación de los SMS Premium. Por un lado, los servicios soporte, esto es, todos los procesos necesarios para encaminar estos servicios hasta el usuario final o la plataforma del proveedor de servicios SMS Premium. El servicio soporte está prestado por el operador de acceso, de acuerdo con el punto b) anterior.

Por otro lado, está el servicio propiamente de acceso al contenido Premium por parte del usuario final. Generalmente, los contenidos no son propiedad del operador de acceso sino de otros agentes que se encargan de elegirlos y empaquetarlos así como de preparar su formato para su recepción en un terminal móvil. Es el proveedor de servicios SMS Premium el que corre con el riesgo de configurar su oferta Premium para hacerla atractiva para los usuarios de los operadores móviles.

De hecho la citada Orden ITC/308/2008 también diferencia ambos servicios estableciendo que “la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público presente al cobro al abonado, deberá, además de distinguir entre el servicio telefónico y el de mensajes, desglosar, separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al mensaje soporte de la correspondiente a la tarificación adicional, ello sin perjuicio del derecho del abonado a recibir una facturación no desglosada cuando así lo solicite” (artículo 10.5).

Desde un punto de vista del usuario final, el servicio soporte asociado a los SMS Premium no se diferencia del asociado a un SMS entre abonados, siendo el elemento diferencial entre ambos servicios los contenidos a que los usuarios acceden. Es más, como se muestra en la

³ Sistema de descarga de contenido por medio de GPRS a partir de un enlace a una dirección wap.

⁴ En el Anexo 3 se recoge un esquema del funcionamiento de los servicios MMS Premium.



tabla siguiente, los usuarios, en función del tipo de contenidos a que acceden, pagan precios finales sensiblemente diferentes.

Tabla 1: Ingreso medio minorista por mensaje Premium enviado de los proveedores de servicios (mercado de mensajes Premium), en Euros. Diciembre 2009 - enero 2010
[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

En definitiva, desde un punto de vista minorista, los servicios SMS Premium se diferencian de los servicios SMS entre abonados por los contenidos asociados a los mismos. La disponibilidad a pagar por estos contenidos hace que los precios finales observados sean superiores a los precios de los mensajes cortos entre abonados.

II.3.6. Pagos mayoristas por los servicios SMS y SMS Premium

Como se ha dicho, desde un punto de vista puramente minorista, el usuario final percibe el servicio soporte de un SMS Premium como un servicio indistinguible de un mensaje corto convencional. Asimismo, el servicio soporte es indiferente también del contenido a que se accede. Desde un punto de vista técnico, todos los servicios conllevan procesos de red similares.

Dicho lo anterior, cabe establecer ahora las condiciones de prestación de los servicios mayoristas necesarios para la prestación de los SMS Premium, nivel que trae causa al presente conflicto. A continuación se describe el mecanismo actual por el que se facturan los servicios mayoristas necesarios para la prestación de los servicios SMS Premium así como su impacto en los precios mayoristas.

a) Sistema de facturación mayorista actual – “Revenue Sharing”

El sistema de facturación mayorista vigente, que rige las relaciones comerciales entre los operadores móviles (OMR⁵s y OMVs) y los prestadores de servicios SMS Premium, se basa en la compartición de ingresos minoristas (*revenue sharing*). En virtud de este modelo, las remuneraciones percibidas tanto por el proveedor de servicios SMS Premium como por el operador móvil se calculan como un porcentaje con respecto al precio final del servicio, distinguiéndose dos mecanismos de *revenue sharing*: (i) *revenue sharing* puro y (ii) *revenue sharing* híbrido.

En el modelo de *revenue sharing* puro, la remuneración a percibir o la retención practicada por los operadores móviles se calcula a partir de los ingresos generados por los mensajes Premium propiamente dichos de tal forma que los proveedores de servicios SMS Premium no deben pagar por la terminación de los mensajes suplementarios gratuitos para el cliente final⁶. Así, en la fórmula de *revenue sharing* puro⁷, la retención practicada constituye la totalidad de ingresos, incluyendo los generados en concepto de soporte del mensaje de invocación (cuyo precio nominal suele ser 15 céntimos), no cobrándose el precio por el mensaje final. Por el contrario, en el modelo híbrido, el operador móvil siempre se garantiza

⁵ OMR: operador móvil de red. OMV: operador móvil virtual.

⁶ A modo de ejemplo ilustrativo, cuando un usuario solicita el suministro de un contenido (de precio inferior a 1,2€) se genera un mensaje de tarificación adicional de solicitud que es respondido con un mensaje de prestación del servicio, por parte del operador de servicios de SMS Premium. En ese caso, el operador móvil y el proveedor de servicios SMS Premium se repartirían el ingreso final total derivado del SMS Premium propiamente dicho pero además, en el modelo *revenue sharing* híbrido el primero cobraría al segundo por el tráfico de mensajes dirigidos al usuario a razón del precio de terminación del SMS.

⁷ El modelo “*revenue sharing* puro” sólo tiene sentido para la numeración 25YAB, 27YAB y 28YAB en la que únicamente hay mensaje de solicitud y de SMS Premium.



los ingresos por ese concepto los cuales no están sujetos a reparto con el proveedor de servicios de SMS Premium, añadiéndose, además, una remuneración/retención sobre el precio minorista fijado por el proveedor de SMS Premium.

En cualquier caso, la característica relevante y común a estos dos mecanismos de *revenue sharing* es que la retención practicada por los operadores móviles está vinculada al precio final del servicio SMS Premium. Así, conforme a este sistema de *revenue sharing*, se estaría estableciendo una estructura tarifaria con unos “*precios de acceso*” para el mismo servicio de conexión a las redes móviles diferentes en función del importe que abonase el usuario final por el servicio SMS Premium. Estos “*precios de acceso*” serían mayores cuanto mayor fuera el precio para el cliente final del mensaje solicitado.

Esta forma de remuneración de los agentes implicados en estos servicios Premium, impide la transparencia en la determinación de los costes fijos que un proveedor de SMS Premium debe afrontar y no es sino una forma de discriminación en los precios, en este caso de acceso, por parte de cada uno de los operadores móviles. *Grosso modo*, de acuerdo con Armstrong, M. (2005)⁸, la discriminación de precios se produce cuando una empresa fija precios diferentes para dos productos “*similares*”, cuya producción presenta el mismo coste marginal^{9,10}.

b) Condiciones mayoristas fijadas por los operadores de acceso a los proveedores de servicios SMS Premium

Como consecuencia del sistema vigente en el nivel mayorista, los proveedores de servicios SMS Premium deben compartir sus ingresos minoristas con los operadores de acceso. Por otra parte, en la medida en que las redes no son interoperables, los proveedores de servicios SMS Premium deben interconectarse con todas las redes móviles individualmente, concluyendo acuerdos diferentes. De esta forma, los porcentajes de retención, entendidos como el porcentaje del precio final abonado por el proveedor de servicios SMS Premium por el servicio mayorista, varía en función del operador de acceso y el tipo de SMS Premium:

⁸ Mark Armstrong (2005): “Economic Models of Price Discrimination”, Working paper, University College London.

⁹ Una definición más restrictiva, que sólo tendría en cuenta la fijación de precios diferentes a personas diferentes, sería la de Posner (2001): “Price discrimination is a term that economists use to describe the practice of selling the same product to different customers at different prices even though the cost of sale is the same to each of them. More precisely, it is selling at a price or prices such that the ratio of price to marginal costs is different in different sales [...]”.

Richard Posner, Antitrust Law, Second Edition, University of Chicago Press, Chicago and London, 2001, at 79-80.

¹⁰ En este caso concreto, los operadores móviles están aplicando una discriminación de precios “intra-personal”, ya que el mismo consumidor, por ejemplo ALTERNA, paga precios distintos por las diferentes unidades del mismo producto, el servicio de conexión a las redes móviles.



Tabla 2. Porcentaje de retención de los operadores de acceso por tipo de SMS Premium

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Estas diferencias en los porcentajes de retención se traducen en precios mayoristas muy superiores al precio minorista vigente para el servicio de SMS entre abonados. Como se observa en la tabla siguiente, los precios mayoristas fijados por los operadores de acceso para los SMS Premium son, en media, más de 4 veces superiores a los fijados para un SMS minorista entre abonados.

Tabla 3. Ingresos medios SMS y SMS Premium

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

II.3.7. Conclusiones

Los servicios de SMS suponen el 10% de la facturación del mercado móvil en su totalidad, siendo los SMS Premium la segunda fuente de ingresos de estos servicios. Los consumidores demandan estos servicios en función del contenido a que desean acceder y, de acuerdo con este parámetro, se establecen los precios finales. Finalmente, su prestación requiere de un servicio soporte, técnicamente similar a un SMS entre abonados, que no es percibido como un valor añadido por los consumidores. A pesar de la lógica minorista anterior, las relaciones mayoristas se basan en una estructura completamente diferente (*revenue sharing*), que implica unos costes de acceso que suponen, en algunos casos, más del 60% del precio minorista y que, en términos monetarios, son hasta 4 veces superiores al ingreso medio minorista de los servicios SMS ordinarios.

Las diferencias entre el nivel minorista y mayorista pueden explicarse únicamente sobre la base de diferencias en las condiciones de competencia vigentes. Así, mientras que en el nivel minorista los consumidores cuentan con diferentes alternativas de suministro, los proveedores de servicios SMS Premium deben negociar con los operadores de acceso que controlan el acceso al cliente final¹¹, lo que les otorga un elevado poder de mercado. Este control sobre el usuario final se produce por la falta de interoperabilidad entre las redes para los servicios SMS Premium, que obliga a una negociación individual con cada operador móvil, disminuyendo todavía más si cabe el nivel de competencia a nivel mayorista.

En definitiva, puede concluirse que en una situación de mayor competencia en el nivel mayorista, el precio que cabría esperar para el servicio soporte de los SMS Premium estaría en torno al precio minorista del servicio SMS entre abonados. Efectivamente, en términos de red, los elementos necesarios son muy similares o incluso con costes menores para la prestación de los servicios SMS Premium, en la medida en que no se requiere de la terminación off net. Por otro lado, los costes minoristas, adicionales a los puramente de red, como la facturación, cobro y provisiones por insolvencias, corren en ambos casos a cargo

¹¹ Los operadores móviles que forman parte del presente conflicto suman la práctica totalidad de accesos móviles en el mercado español.



del operador de acceso. Finalmente, desde el punto de vista del usuario final, ambos servicios son intercambiables.

II.4 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESENTE CONTROVERSIA

ALTERNA, proveedor de servicios SMS Premium, ha solicitado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que se resuelvan las discrepancias existentes sobre las condiciones de acceso, que ha intentado negociar con cinco operadores móviles.

Los proveedores de servicios SMS Premium son prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas en los términos establecidos en la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) y en la Directiva 2002/20/CE (Directiva de autorización) incorporadas en la LGTel y en su normativa de desarrollo.

La Directiva de acceso en su considerando 5 indica que *“En un mercado abierto y competitivo no debe existir ninguna restricción que impida a las empresas negociar acuerdos de acceso e interconexión”* y que la consecución de unos mercados más competitivos con una mayor oferta para los consumidores exige que *“las empresas que reciban solicitudes de acceso e interconexión deben, en principio, concluir dichos acuerdos sobre una base comercial y de buena fe”*.

El considerando 6 añade que *“En los mercados en que aún persisten importantes diferencias de capacidad de negociación entre las empresas y en los que algunas empresas dependen de las infraestructuras que proporcionan otras para el suministro de sus servicios (...) las ANRs han de estar facultadas para garantizar la adecuación del acceso (...) cuando fracasen las negociaciones comerciales”*.

En consonancia con ello, los artículos 5.3 y 5.4 de la Directiva de acceso, por su parte, recogen la competencia de las ANRs para la resolución de conflictos de acuerdo con los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación, mientras que el artículo 20.1 de la Directiva marco, dispone que, en caso de producirse un litigio en relación con las obligaciones derivadas de dicha Directiva o de las Directivas específicas, entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, la Autoridad Nacional de Regulación (ANR) adoptará una decisión vinculante para resolver el litigio, señalando en el artículo 20.3 que, al hacerlo, la ANR perseguirá la consecución de los objetivos fijados en el artículo 8.

Finalmente, el artículo 8 de la Directiva marco encomienda a los Estados miembros que velen por que, al desempeñar las funciones reguladoras, las ANR adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4 de este artículo, entre los que se encuentra el fomento de la competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y la promoción de los intereses de los ciudadanos. Asimismo, establece que las ANRs para lograr dichos objetivos, aplicarán *“principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, (...) salvaguardando la competencia en beneficio de los consumidores”*.

Las previsiones recogidas en los párrafos anteriores han sido incorporadas al Derecho español a través de diversos preceptos. En concreto, el artículo 11.4 de la LGTel establece que 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 del mismo texto legal.

Este artículo contempla entre los objetivos y principios de la LGTel fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones, promover la utilización de los nuevos servicios y el acceso a éstos en condiciones de igualdad, hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones como la numeración, defender los intereses de los usuarios asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, así como promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones.

A tales efectos, el artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta Ley y de sus normas de desarrollo.

Sobre la base de la habilitación anterior, esta Comisión ha de intervenir en los conflictos que se le sometan garantizando la adecuación del acceso y/o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3, según establece la Ley, por afectar ello a la esfera jurídico-pública¹²¹³ de las entidades implicadas.

Una cuestión que debe remarcar es la de que esta competencia de la CMT es ejercitable con independencia de la condición de operador dominante, o no, de alguna de las partes en la controversia, cuando de lo que se trata es de resolver un conflicto. Así lo han señalado, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 19 de mayo¹⁴ y 30 de julio¹⁵ de 2005, conforme a las cuales

“La decisión recurrida no ampliaba de facto el ámbito subjetivo de aplicación de obligaciones exclusivas de operadores declarados dominantes a otros que no lo son, sino que la CMT, actuando en ejercicio de sus competencias se limita a resolver un conflicto de interconexión con arreglo a criterios y razones objetivas...”

Estas competencias han sido analizadas y confirmadas en numerosas sentencias. La sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre 2004¹⁶ identifica la competencia para la resolución de conflictos como una de las funciones propias de la CMT distinta de la función arbitral:

“(...) Llegados a este punto conviene detenerse en las dos formas de resolver los conflictos entre operadores que tiene reconocidas esta Administración en nuestro ordenamiento jurídico.

¹² Resolución de 13 de diciembre de 2007 relativa al conflicto de acceso presentado por Cableuropa, S.A. frente a Iberdrola, S.A. en relación con la interrupción por esta última del suministro del servicio de fibras alquiladas del tramo Alcuía-Alicante-Murcia (RO 2007/823).

¹³ En este sentido, se manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5966) en relación con un conflicto de interconexión al señalar que:

“la resolución del conflicto en el sentido en que lo hizo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones responde a un interés público por ésta protegible”.

¹⁴ Sentencia en relación con la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de junio de 2002 que desestima el recurso de reposición planteado por la entidad actora, BT Ignite España, SAU contra la anterior Resolución de la citada Comisión de 13 de septiembre de 2001, que resuelve el conflicto suscitado por la actora en la negociación de su red con la red de TESAU de España, S.A.U.

¹⁵ Sentencia en relación con la Resolución de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones de 27 de junio de 2002 por la que se desestima el recurso de reposición deducido Colt Telecom, S.A. frente a la Resolución de la citada Comisión de 13 de septiembre de 2001 dictada en relación al conflicto en la negociación de la interconexión de su red con la de Telefónica de España, SAU, sobre precios del servicio de terminación de llamadas.

¹⁶ Sentencia en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de noviembre de 2002 por la que se resuelve el conflicto de interconexión planteado por Telefónica España, SAU., solicitando autorización para resolver el Acuerdo General de Interconexión con Redes y Servicios Liberalizados, SA, por impago de los servicios de interconexión previamente consumidos y para desconectar ambas redes y la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adoptada en sesión celebrada el 7 de enero de 2003 por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.



Una de ellas es a través de la función arbitral.

(...)La CMT ejerce aquí una función arbitral en el sentido propio, que no persigue satisfacer intereses generales, con sujeción al derecho privado y al control de legalidad ejercido por los tribunales del orden civil.

La segunda forma de resolver conflictos entre operadores es mediante el ejercicio de potestades administrativas que el ordenamiento le confiere para servir los intereses generales cuya custodia tiene encomendada...”

La intervención de la Comisión en los conflictos de acceso exige el recurso a conceptos jurídicos amplios e indeterminados como el de razonabilidad y proporcionalidad estableciendo la jurisprudencia (Sentencia de la Audiencia Nacional 25 de abril 2005¹⁷), que la actuación administrativa en estos casos deberá extenderse a todo lo necesario para resolver adecuadamente el conflicto suscitado, es decir, sin límites mínimos ni máximos:

“El legislador comunitario ha acudido para regular estas relaciones «inter privados» a criterios de «razonabilidad», lo que conduce a entender que la intervención administrativa en estas materias no queda vinculada a grado alguna de intervención, mínima o máxima, y que ésta se incardina en el principio de proporcionalidad, por lo que en lugar de una “intervención mínima lo razonable e importante es que la intervención del organismo regulador sea «proporcionada».

Así desde esta perspectiva no es censurable jurídicamente que la intervención del organismo regulador sea completa, si de esta forma se normalizan las relaciones entre las partes en conflicto”.

En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de mayo 2005¹⁸ rechaza una presunta extralimitación de la CMT en el ejercicio de sus competencias por resolver sobre cuestiones conexas al objeto principal del conflicto planteado, siempre que se coadyuve con ello a su resolución y no se resuelva sobre materias ajenas a las competencias y funciones de la CMT.

En definitiva, la Jurisprudencia concreta y establece los límites a los que ha de sujetarse esta Comisión al ejercer sus funciones de resolución de conflictos de acceso entre los operadores en los conectados con la normativa sectorial de telecomunicaciones, excluyendo en consecuencia los de ámbito puramente civil o mercantil.

Tanto a nivel jurisprudencial como de la propia práctica de esta Comisión, existen ejemplos en los que se fijan las condiciones entre operadores a través de la competencia establecida en el artículo 11.4 de la LGTel.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de mayo de 2005¹⁹ recuerda que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones tienen obligaciones propias entre las que se incluyen la de facilitar la interconexión de su red con la de todos los operadores en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. En relación

¹⁷ Sentencia en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 30 de julio de 2002 sobre conflicto de acceso suscitado entre Telefónica de España, SAU y diversos prestadores de servicios de telefónica de uso público, derivado de las modificaciones contractuales impuestas por la Comisión y de la negativa de Telefónica a suministrar accesos a su red.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo en relación con un recurso presentado por Airtel Móvil, SA, por el que impugna la [Sentencia dictada el 16 de abril de 2002 \(RJCA 2003, 238\)](#) por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, que desestimó la impugnación de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de julio de 2000, mediante la que se resolvía el conflicto de interconexión entre la actora y RSL Communications, SA, por la firma del acuerdo general de interconexión entre ambas.

¹⁹ En la que se recurre la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de julio de 2000 por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre las empresas Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications, S.A.



con la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Tribunal Supremo establece que

“(…) en todo caso y de no llegar a un acuerdo sobre los precios [las] dos operadoras, siempre tendría la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la capacidad para intervenir y la obligación de hacerlo, incluso de oficio.”

El Tribunal Supremo considera adecuada la determinación por esta Comisión no sólo de la estructura de precios, sino también de su cuantía, siempre que su establecimiento no se haya fijado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de forma *“arbitraria ni irrazonable”*. En esta sentencia, el Alto Tribunal señala que en la Resolución se había realizado un examen de los criterios de fijación de los precios y se había justificado que eran contrarios a los principios de no discriminación (al ser distintos respecto de las condiciones internas de prestación del servicio de interconexión) y transparencia.

Por lo que se refiere a la práctica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, existen varias resoluciones en las que se fijan precios de interconexión en base a la competencia del artículo 11.4 de la LGTel. Además de la recurrida en la Sentencia mencionada, otros ejemplos se encuentran en las Resoluciones de 7 de junio de 2007²⁰ y de 26 de julio de 2007²¹. En la primera se señala que:

“La normativa sectorial otorga preferencia a la negociación inter-partes sobre la intervención administrativa, es decir, en principio la interconexión debe acordarse libremente entre las partes. Sin embargo, una vez el acuerdo voluntario entre las partes se revela como inalcanzable, se hace necesaria la intervención de esta Comisión a fin de asegurar que la interconexión, que en última instancia garantiza que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios de otro operador distinto, se lleva a buen término. La intervención de esta Comisión en el marco de un conflicto de interconexión está también presidida por el principio de intervención mínima, conforme al cual debe resolver únicamente aquellos aspectos sobre los que las partes mantienen un desacuerdo y cuando su intervención haya sido solicitada por alguno de los operadores en conflicto”.

En conclusión, el ejercicio de la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de resolución de conflictos entre operadores prevista en el artículo 14 de la LGTel resulta adecuada para resolver el presente conflicto en cuanto a la relación entre ALTERNA y los operadores.

Por tanto, procede examinar las diferentes estructuras de precios propuestas por ambas partes para determinar la adecuación de las mismas al supuesto objeto del conflicto.

A estos efectos es preciso que esta Comisión analice si la estructura y el nivel de los precios vigentes entre las partes, y respecto de los cuales ALTERNA suscita el conflicto, responden a los criterios de transparencia y proporcionalidad que deben regir con carácter general las relaciones de acceso entre los operadores que controlan el acceso a los clientes finales y los proveedores de servicios, en orden de garantizar, en última instancia, la adecuación de dicho acceso. Asimismo, habrá de valorarse la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3, el cual contempla, entre otros, los de promover la utilización de nuevos

²⁰ Resolución de 7 de junio de 2007 sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra Xfera Móviles, S.A. (MTZ 2006/1593).

²¹ Resolución de 26 de julio de 2007 sobre el conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica de España, S.A.Unipersonal contra Euskaltel, S.A. (MTZ 2007/303).



servicios y el acceso a éstos, defender los intereses de los usuarios asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio, calidad, así como promover el desarrollo de la industria de productos y servicios de telecomunicaciones, objetivos todos ellos que requieren que los proveedores de servicios obtengan el acceso a las redes de los operadores que controlan el acceso al cliente final en condiciones adecuadas.

Apreciación de la existencia de un conflicto

En cuanto a las alegaciones de un operador en las que niega la existencia de conflicto, debe recordarse lo señalado en la SAN de 27 de enero de 2006²² en el sentido de que

“Para que la CMT pueda conocer sobre el conflicto (...) debe ser clara la inexistencia de acuerdo entre las partes (...) las rotundas posiciones de las partes, y la inexistencia de posteriores intentos en tal sentido, evidenciaban la falta de consenso entre dichas entidades y permitió a la CMT concluir motivadamente la falta de voluntad negociadora”.

Todos los operadores móviles han ofrecido a ALTERNA unas condiciones de retribución similares con una estructura tarifaria basada en un modelo de compartición de ingresos (“*revenue sharing*”) y han rechazado la posibilidad de fijar un mismo precio unitario por cada servicio prestado a ALTERNA. Por tanto, existe un conflicto de acceso entre ALTERNA y los operadores móviles y, de conformidad con lo anteriormente señalado, deberá ser resuelto por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Ha transcurrido más de un año desde la solicitud de ALTERNA a los operadores móviles sin que, hasta la fecha, se haya alcanzado un acuerdo que diera lugar a la desaparición del presente conflicto. No consta a esta Comisión que hayan existido ofertas por parte de ninguno de dichos operadores a ALTERNA en la línea de lo solicitado por ésta ni en ninguna otra alternativa a ella.

II.5 ESTRUCTURA ACTUAL DE PRECIOS APLICADOS A ALTERNA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MAYORISTA DE CONEXIÓN A LAS REDES MÓVILES

II.5.1. Desproporción entre precios mayoristas y costes de prestación

De acuerdo tanto con la descripción del servicio minorista como de las condiciones técnicas antes realizada, los operadores de acceso prestan el servicio soporte necesario para la provisión de los servicios SMS Premium. Como se ha justificado, este servicio es similar al servicio SMS entre abonados, aunque adicionalmente deben considerarse los servicios de facturación, cobro, gestión de insolvencias y atención reforzada al cliente, además del impacto de las inversiones que el operador de acceso debe acometer para atender las especificidades de los servicios SMS Premium y el cumplimiento de la Orden ITC/308/2008. Los precios mayoristas fijados por todos los operadores de acceso son muy superiores a los vigentes para un SMS en el mercado minorista y estas diferencias no parecen proporcionadas en términos de costes.

²²Sentencia en la que se recurre la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 27 de noviembre de 2003 en relación con la modificación de los precios de los servicios de interconexión prestados por ambas entidades (JUR 2006\123572).



La falta de proporcionalidad entre los costes e ingresos relativos en el nivel mayorista queda evidenciada por el hecho de que servicios minoristas con mayor precio llevan asociado, a su vez, un precio mayorista superior. Sin embargo, si bien desde la perspectiva del proveedor de servicios SMS Premium la diferencia en el precio está justificada por el distinto valor que tienen los diferentes contenidos que se difunden, desde la perspectiva del operador de acceso esto no es así, puesto que el coste del servicio soporte de los SMS Premium es indiferente al contenido asociado y, por tanto, al precio minorista. Desde la perspectiva del usuario final, no es el servicio soporte el que determina la elección de uno u otro servicio SMS Premium, sino el contenido. Por tanto, un incremento en el consumo de este tipo de servicios vendrá determinado en función del interés que consigan crear los contenidos que justifican también su distinto precio.

Y no pueden, en este punto, estimarse todas las alegaciones de los operadores móviles en relación con la contribución que realizan a la cadena de valor y que, según ellos, justifica la estructura y la cuantía vigentes.

ALTERNA dispone de los contenidos, las plataformas y aplicaciones necesarias para el diseño y la prestación del servicio de valor añadido y es el titular de los recursos de numeración y el encargado de proporcionar el servicio de conectividad a las redes de los operadores móviles y, concretamente, a sus SMSCs. Por su parte, los operadores móviles prestan el servicio de conexión o acceso a su base de clientes, acceso a su base de datos (Wap Gateway), gestionando también la facturación, el cobro de los mensajes Premium frente a sus clientes finales, las insolvencias y la atención al cliente. Asimismo, los operadores móviles realizan las inversiones necesarias para atender las especificidades de los servicios SMS Premium.

Por tanto, en la prestación a sus clientes finales de los mensajes Premium diseñados y desarrollados por ALTERNA, los operadores móviles deberán estar en disposición de recuperar estos costes con la adecuada remuneración del capital, al igual que ocurre en el resto de servicios. Ahora bien, como se ha justificado anteriormente, dado el uso de la red y las actividades desarrolladas por los operadores, precios más similares a los vigentes para los SMS entre abonados asegurarían que los operadores de acceso cubrieran sus costes, sin que puedan considerarse proporcionados los márgenes actuales que superan, como se ha dicho anteriormente, 4 veces su importe.

Por lo que se refiere a las concretas situaciones derivadas de la actual estructura de precios- riesgos de impago, quejas de facturación...- la estructura vigente impide la adecuada transparencia de los costes y precios; una estructura distinta implicará también un reparto transparente de las prestaciones y costes.

En su conjunto, los argumentos de las operadoras revelan el valor que tiene el control del acceso al cliente y la capacidad de negociación que de él deriva para los operadores móviles; valor que deberá ser retribuido con respeto de los principios de objetividad y proporcionalidad en los precios que se acuerden. De esta forma, una remuneración apropiada en el marco de un precio mayorista basado en una retención unitaria por SMS Premium (independiente del precio final) permitiría igualmente remunerar a cada agente, conforme al valor aportado y al riesgo asumido, sin las distorsiones descritas anteriormente.

Finalmente, como posteriormente se analizará, no se han acreditado por las partes concretas circunstancias de la relación en conflicto que pudieran justificar la existencia de este régimen tarifario.



En definitiva, esta Comisión considera que los precios mayoristas actualmente vigentes, fruto de la aplicación del sistema de *revenue sharing*, son superiores a los vigentes para servicios de características similares en ámbitos con mayor competencia (SMS entre abonados), sin que los costes adicionales que soporta el operador de acceso para estos servicios de SMS Premium, tal como se ha descrito anteriormente, justifiquen la magnitud de dicha diferencia, no respetando los principios de transparencia y proporcionalidad exigibles.

En este caso, los márgenes aplicados a ALTERNA por los operadores de acceso, con respecto a los precios minoristas del servicio SMS entre abonados, permiten concluir que los precios no son adecuados y son la consecuencia de la aplicación de su poder, derivado del control del acceso al cliente final, en la determinación de las condiciones económicas de los servicios mayoristas.

El precio final fijado por los operadores móviles para el servicio de conexión a sus redes móviles se puede estimar como la remuneración unitaria por mensaje Premium que obtienen por la provisión de dicho servicio de conexión a sus redes. Ésta se estima como la cantidad retenida por el operador móvil por cada mensaje Premium, esto es, como el cociente entre la diferencia de los ingresos por el servicio de tarificación adicional²³ y las reversiones realizadas a ALTERNA, y el volumen de mensajes de tarificación adicional. Estos datos han sido expuestos en la tabla 3 anterior.

Además de las actividades de red, los operadores de acceso deben realizar otras actividades minoristas tales como: (i) canon de ingresos, (ii) canon del espectro, (iii) insolvencias, (iv) marketing, (v) ventas, (vi) nuevos servicios, (vii) compras y logística de terminales, (viii) facturación, (ix) atención a clientes, (x) soporte, (xi) desarrollo de mercado y (xii) costes no asignables directamente a servicios.

Un análisis de las partidas anteriores permite afirmar que los costes subyacentes a la prestación de un SMS Premium deberían ser muy parecidos o incluso inferiores en algunas partidas a los de un SMS entre abonados, dado que los operadores no deben hacer frente a los pagos de terminación. Ahora bien, ya se ha dicho anteriormente que los precios mayoristas aplicados por los operadores de acceso a los SMS Premium son claramente superiores a los precios minoristas correspondientes a los SMS entre abonados.

Por tanto, en respuesta a las alegaciones formuladas por los operadores móviles al respecto, estos resultados constituirían un indicio de que, tal y como está actualmente definido el modelo de *revenue sharing* entre los operadores móviles y ALTERNA, no existe una relación razonable entre el valor económico del servicio prestado y los costes en que incurren los operadores móviles en su prestación. Y ello impide garantizar la adecuación del acceso así como los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

El nivel de los precios mayoristas afecta a la rentabilidad esperada por el proveedor de servicios SMS Premium en sus decisiones de compra de contenidos en la medida en que deberá compartir una parte sustancial de sus ingresos (en algunos casos, superior al 50%) con el operador de acceso. Una rentabilidad esperada reducida se puede erigir en una barrera a la entrada, desincentivando el acceso de este tipo de proveedores al mercado.

Adicionalmente, la dificultad que afronta ALTERNA para diversificar sus contenidos ante la merma esperada de rentabilidad afecta asimismo a sus posibilidades de competir y diferenciarse. Así, estos proveedores compiten en los contenidos que ofrecen y en el precio

²³ No se consideran los ingresos adicionales procedentes de los mensajes ordinarios y suplementarios anteriormente señalados, asociado al modelo *revenue sharing* híbrido.



que fijan por los mismos. En la medida en que vean reducida su capacidad para acceder a contenidos diversificados, sus posibilidades de ofrecer al usuario final una oferta variada se ven reducidas.

De la misma forma, los recursos que deben transferir en el nivel mayorista a los operadores de acceso, dados los precios excesivos consecuencia de la estructura de *revenue sharing*, limita las posibilidades de realizar acciones minoristas tendentes a incentivar el uso de sus servicios SMS Premium y ganar cuota de mercado.

En definitiva, el hecho que los precios mayoristas fijados por los operadores de acceso no sean transparentes y proporcionados sino que se basen en una estructura de compartición de ingresos con los proveedores de servicios SMS Premium afecta al resultado competitivo observado en el mercado final.

Finalmente, es evidente que la situación anterior afecta a la situación como los consumidores acaban accediendo a los servicios SMS Premium. Así, las limitaciones que imponen los operadores de acceso como consecuencia de la estructura de precios mayoristas afecta a los consumidores de este tipo de servicios. Como se ha dicho, las posibilidades de diversificar la oferta minorista así como de realizar acciones en el nivel minorista se ven limitadas como consecuencia de la situación mayorista.

II.5.2. Ausencia de elementos justificativos del modelo tarifario existente en la presente relación

Con carácter genérico, alegan los operadores que esta estructura tarifaria es el factor determinante del correcto funcionamiento del negocio, ya que como han coincidido en explicar los operadores móviles el modelo basado en el *revenue sharing* estaría generalizado en todos los países del entorno y, sin embargo, el desarrollo de los mismos es muy variable de país a país.

Como se ha indicado anteriormente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no prejuzga la estructura tarifaria voluntariamente acordada entre operadores, incluido el *revenue sharing* sino que, toma en consideración la concreta situación de ALTERNA y los diversos extremos del conflicto planteado, lo que no excluye que situaciones distintas y modelos de negocio diferentes podrían suponer la aplicación de otras soluciones.

Frente a esto, debe señalarse, también con carácter general, que muy probablemente, en las primeras fases de desarrollo del mercado y durante un periodo transitorio, el modelo de *revenue sharing* fuera el esquema apropiado puesto que el valor añadido de estos servicios todavía no era tan alto y sin embargo los costes de su provisión sí podían serlo (menores economías de escala, más riesgo empresarial por el menor conocimiento de la demanda, etc.). En virtud de una compartición voluntaria del riesgo equilibrado puede tener sentido también la compartición voluntaria de los ingresos.

Sin embargo, conforme estos servicios adquieren una mayor aceptación y los contenidos de los mismos mejoran y con ello la disposición a pagar por parte de los consumidores, este esquema de compartición de ingresos ya no responde al nivel de riesgo asumido por cada parte, desequilibrándose el factor riesgo a favor de los operadores móviles y por tanto el mantenimiento del sistema conlleva un reparto más oneroso para los proveedores de servicios SMS Premium.

Por tanto, en el momento actual, en el que el mercado ha alcanzado un amplio grado de madurez, el modelo de compartición de recursos sólo sería defendible sobre una base



voluntaria, teniendo sentido otros modelos que como el propuesto, al remunerar de manera más equitativa el valor económico aportado por cada una de las partes, facilitando además una remuneración más transparente y proporcional de los servicios prestados por los operadores de acceso y todo ello sin que suponga un incremento de las barreras de entrada al mercado.

No existiendo ningún elemento en la relación objeto de conflicto que suponga negar o matizar lo anterior, no puede afirmarse que el acceso proporcionado sea adecuado o digno de protección.

II.5.3. Conclusiones

Esta Comisión considera establecido que la aplicación de la estructura tarifaria vigente para la determinación de los precios mayoristas de los SMS Premium, basada en la compartición de los ingresos minoristas entre el proveedor de servicios SMS Premium y el operador de acceso, desvincula dichos precios con sus costes de prestación. Efectivamente, servicios con costes subyacentes similares para el operador de acceso acaban, dado el mecanismo de *revenue sharing*, con precios mayoristas muy dispares sin una justificación objetiva.

Esta falta de proporcionalidad unida a la diferencia existente con servicios técnica y comercialmente similares, como el SMS entre abonados, permite concluir que los precios actualmente vigentes en la relación en conflicto son excesivos. Las diferencias con el mercado minorista se explican por el poder de mercado que disfrutaban los operadores móviles con respecto a los proveedores de servicios SMS Premium dado que controlan un recurso esencial para ellos, como es el acceso a los abonados.

En definitiva, esta Comisión estima que el mecanismo de *revenue sharing* vigente en la relación en conflicto supone una distorsión del mercado móvil, que perjudica las condiciones en que los consumidores acceden a los SMS Premium, sin que existan elementos particulares dignos de protección que justifiquen dicha situación.

Por tanto, la estructura tarifaria del *revenue sharing* aplicada a la relación entre los operadores móviles y ALTERNA no supone un acceso adecuado y, además, resulta un obstáculo para la consecución de los objetivos del artículo 8 de la Directiva Marco. En consecuencia, habrá que determinar la solución más ajustada a los fines de competencia efectiva en el mercado de telecomunicaciones y que resulte conveniente promover en interés de los usuarios finales.

II.6 ESTRUCTURA TARIFARIA DEL SERVICIO MAYORISTA DE CONEXIÓN A LAS REDES MÓVILES

II.6.1 Previsiones normativas sobre la estructura de los mensajes SMS Premium: la Orden ITC/308/2008

La Orden ITC/308/2008 supuso un cambio significativo en la configuración del servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes cortos, especialmente en cuanto a la protección de los usuarios a los que se les facilita una mayor información sobre el servicio. Estas facilidades van a suponer para los titulares de este tipo de numeración una mayor carga tanto en cuanto a la gestión de la información que deberá acompañar al servicio como en cuanto al número de mensajes que deberán completar con este objetivo.



El artículo 5 de la Orden ITC/308/2008 establece el esquema de gestión de mensajes de los servicios SMS Premium que se detalla en el anexo 2 de esta Resolución. Asimismo, el artículo 10 de la citada Orden recoge la estructura de la información que debe facilitarse al usuario en el momento de la facturación de forma que se separa la parte relativa al servicio de comunicaciones electrónicas de lo que es el contenido "Premium" del mensaje.

En concreto, el apartado 5º del artículo 10 señala:

"[E]l impago por el abonado de la parte del mensaje correspondiente a la tarificación adicional podrá dar lugar exclusivamente a la suspensión del servicio de tarificación adicional basado en le envío de mensajes.

A tales efectos, la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público presente al cobro al abonado, deberá, además de distinguir entre el servicio telefónico y el de mensajes, desglosar, separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al mensaje soporte de la correspondiente a la tarificación adicional.

Caso de que el desglose de cargos previsto en el párrafo anterior no fuese posible, el operador responsable de la facturación podrá sustituir la parte correspondiente al mensaje soporte, por el precio establecido para el servicio general de mensajes. En cualquier caso, se considerara que los mensajes recibidos por el abonado, bien sea de forma periódica o cuando se produzcan determinados sucesos, que supongan algún cargo para este, dispondrán exclusivamente de la componente relativa a la tarificación adicional, pudiendo únicamente desglosarse de la forma descrita, si procede, los mensajes de alta correspondiente.

No será preciso que el operador realice en la factura este desglose para cada uno de los servicios solicitados, si del contenido de la propia factura se deduce, para cada uno de ellos, la parte correspondiente a los mensajes soporte y la de tarificación adicional que retribuye al operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional.

En la parte del desglose correspondiente a la tarificación adicional deberá figurar la identificación del operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, así como su número o código de identificación fiscal, según proceda.

El incumplimiento de la obligación de desglose dará lugar a que en la factura librada no pueda incluirse el precio total del mensaje, que, a estos efectos, incluirá tanto la parte correspondiente al mensaje soporte como la parte relativa a la tarificación adicional".

En consecuencia, la Orden ITC/308/2008 considera que los servicios de tarificación adicional se componen de dos elementos: el precio del servicio de comunicaciones electrónicas que la Orden ITC/308/2008 denomina "mensaje soporte" y la componente de tarificación adicional que retribuye al proveedor de servicios SMS. A su vez dentro del primero podrían formar parte distintos servicios como encaminamiento, facturación y cobro, etc.



ALTERNA plantea en su conflicto la separación de estos dos elementos de forma que la retribución al operador de acceso se corresponda con los servicios que presta. La satisfacción de esta demanda es la que más se ajusta al modelo de partida de la Orden ITC/308/2008 que se ha recogido en párrafos anteriores, sin perjuicio de que la propia Orden admite otras soluciones.

Los operadores de acceso han venido manteniendo un régimen de facturación basado en la compartición de ingresos (*revenue sharing*) al amparo de la situación de alegalidad en que venían prestándose los servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes Premium. Sin embargo, una vez aprobada la normativa, el sistema encuentra difícil encaje.

II.6.2. Existencia de estructuras tarifarias alternativas – Redes fijas

Junto con los servicios SMS Premium, existen en el mercado otros servicios de valor añadido que presentan características semejantes al servicio objeto del conflicto, se trata de los servicios de voz de tarificación adicional. A este respecto cabe observar el tratamiento que actualmente reciben las numeraciones definidas en el Plan nacional de numeración telefónica (en adelante PNT) para la prestación de servicios de tarificación adicional (803/806/807) por parte de los operadores de acceso y en particular en cuanto a los modelos de reparto de los ingresos generados.

En el caso de las numeraciones de tarificación adicional del PNT de forma análoga a lo que sucede en el caso de la numeración SMS Premium, el abonado accede a un servicio de valor añadido a través de un servicio de comunicaciones electrónicas que realiza la función de servicio soporte para la comunicación, servicio que es prestado por el operador de acceso con el que tiene contratado el abonado el servicio telefónico disponible al público.

En ambos casos el operador de acceso es el encargado de facturar al abonado el servicio completo (valor añadido y servicio soporte), debiendo posteriormente repercutir parte de los ingresos obtenidos al operador que presta el servicio de tarificación adicional.

No obstante en el escenario de la numeración del PNT, al contrario de lo que sucede en el ámbito de los servicios SMS Premium, el esquema seguido para trasladar parte de los ingresos obtenidos al operador que presta el servicio de tarificación se basa en un precio vinculado con el servicio soporte y por tanto independiente del valor del contenido.

En el caso de TESAU, la OIR recoge el modelo de pagos entre Telefónica y el operador que presta el servicio de tarificación adicional cuando un usuario de Telefónica realiza una llamada a un número de tarificación adicional del citado operador. Telefónica remunera al operador del servicio de tarificación adicional el total del importe satisfecho por el usuario minorado por el servicio de interconexión de acceso y por el servicio de facturación y gestión de cobro. Por tanto, Telefónica percibe por las llamadas generadas por sus abonados a los servicios de tarificación adicional un importe independiente del valor del contenido, importe que tiene como objetivo el compensar los costes incurridos por Telefónica en el encaminamiento de la comunicación hacia el operador que presta el servicio de tarificación adicional así como los costes derivados de la facturación y el cobro de la llamada.

De esta manera se repercute íntegramente la componente del valor añadido al operador que presta dicho servicio, garantizando de esta forma un acceso transparente y proporcionado a los servicios de tarificación adicional. En consecuencia, se estima que este modelo de reparto de los ingresos es el que mejor se adapta a las características de esta tipología de servicios, siendo el marco adecuado para el desarrollo de los mismos.



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 y Euskaltel. 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 cobro diferenciales 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 costes²⁴ soportados por el operador de acceso en

²⁴ Dicho precio remuneraría tanto los costes de red como los costes relacionados con la provisión minorista del servicio tales como: (i) coste directos de servicios de valor añadido, (ii) canon sobre ingresos, (iii) canon del espectro, (iv) insolvencias, (v) marketing, (vi) ventas, (vii) nuevos servicios, (viii) compras y logística de terminales, (ix) facturación y cobro, (x) atención al cliente, (xi) soporte, (xii) desarrollo de mercado y (xiii) otros costes no asignables directamente a servicios.



la provisión de dichos servicios así como el margen comercial habitual que el operador establece en sus servicios minoristas “equivalentes”.

II.7 CONTESTACIÓN A OTRAS ALEGACIONES

Sobre la continuidad en la prestación del servicio de facturación a los proveedores de SMS Premium y el papel desempeñado por los agentes que intervienen en este mercado

TME y FTE se muestran disconformes con la identificación que se establece en el informe de audiencia entre el operador de acceso y el responsable de la facturación y cobro al usuario final. TME señala que ni el Reglamento de Servicios ni la Resolución del Mercado 15 le obligan a facturar al cliente final. De las citadas normas, las únicas obligaciones que se desprenden son las de facilitar el acceso y garantizar la interoperabilidad de los servicios.

Tampoco la Orden Ministerial ITC/308/2008 establece que sea el operador de acceso el que facture a los clientes. En este sentido, TME entiende que el hecho de que en la Resolución del 8 de julio de 2009 sobre la aprobación del Código de Conducta se incluya la facturación entre la funciones del operador de acceso se debe a que se está describiendo la situación en la que habitualmente se ofrece el servicio pero que en ningún modo se trata de establecer una nueva obligación no contenida previamente en la orden ministerial.

En similares términos se manifiesta FTE cuando explica que si el regulador decide imponer un modelo de negocio diferente o considera que cualquier otro modelo pudiera ser razonable debe también asumirse que las relaciones entre los agentes involucrados y los roles asumidos podrían variar.

Ambos operadores citan el artículo 10.4º de la Orden ITC/308/2008 para mostrar cómo se diferencia entre los operadores que proveen el acceso al servicio de mensajes y los operadores que facturan a los consumidores de cara a establecer obligaciones diferenciadas en función del rol que ejerce cada agente/operador.

En este sentido, los dos operadores se plantean, en caso de implantarse un modelo de precio único por SMS, valorar muy seriamente la necesidad de modificar sustancialmente el papel que desarrollan en la actualidad. FTE indica que probablemente optaría por asimilar sus funciones a las que ejerce como operador anfitrión de OMs.

Por lo que respecta a los agentes que intervienen en el mercado, Xfera señala que la CMT identifica más agentes que los que establece la normativa: (i) el operador titular de los números y (ii) el operador de acceso. Por eso considera que es importante clarificar los agentes participantes y la relación entre ellas, de tal forma que dicha relación sea competitiva, no discriminatoria, transparente, basada en criterios objetivos y proporcionales para ambos agentes.

Contestación a las alegaciones

Esta Comisión no comparte en absoluto la visión planteada por TME y FTE respecto al alcance de la obligación genérica de acceso. El hecho de que hasta ahora en el marco de unas negociaciones comerciales voluntarias se haya fijado una estructura tarifaria y unos roles, es irrelevante de cara a la definición por esta Comisión en el marco de este conflicto, de los servicios que los operadores de acceso deben suministrar al prestador de servicio que reclama, en condiciones objetivas, proporcionales, transparentes y no discriminatorias lo que como ya se ha explicitado anteriormente incluyen el acceso y la facturación y cobro,



según un modelo ampliamente experimentado en los servicios de tarificación adicional de las redes fijas. Es obvio que si las condiciones previas hubiesen sido aceptables para ALTERNA, no se habría provocado el conflicto y si hubiesen cumplido con los principios antes mencionados, no habría sido necesaria su modificación.

Tampoco es relevante en materia de acceso el que la Orden Ministerial ITC/308/2008 no lo defina o que lo haga el Código de conducta publicado por Resolución de 8 de julio de 2009 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, ya que ambas normas tienen como objetivo la defensa de los usuarios y en ese marco deben entenderse. A ese respecto, es la regulación en materia de acceso y su aplicación por esta Comisión en el marco de sus competencias la que define en todo caso el alcance de las obligaciones de acceso y las relaciones entre operadores relacionadas con el mismo.

En lo que respecta a la alegación de Xfera relativa al excesivo número de agentes identificados y los perjuicios ocasionados por ello, esta Comisión considera que el objetivo era única y exclusivamente caracterizar y describir los agentes que intervienen en el negocio en función de las actividades que realizan para poder abordar de la mejor forma posible el análisis del presente conflicto. Por esta razón, esta Comisión no considera que sea necesario realizar clarificaciones adicionales para garantizar que *“dicha relación sea competitiva, no discriminatoria, transparente, basada en criterios objetivos y proporcionales para ambos agentes”*.

Sobre el impacto en el mercado de una intervención como la propuesta en el informe de audiencia

TME considera que en caso de obligarle a negociar con ALTERNA un acuerdo basado en un único precio unitario, este último operador tendría incentivos para disminuir el número de mensajes e incrementar su precio sin reducirse por ello el importe a facturar a los clientes finales. En este sentido, TME continúa señalando que *“si esto sucediese y llegado el caso, TME debería plantearse si tiene incentivos suficientes para mantener el actual modelo de prestación para los servicios Premium”*.

Además, la fijación de un precio único implicaría menor flexibilidad para desarrollar nuevos servicios y esquemas tarifarios e incluso poner en peligro modelos de negocio actuales ya que bajo este marco basado en el *revenue sharing* se han desarrollado todo tipo de contenidos, los de precios elevados y los de precios reducidos.

Vodafone manifiesta que no se fija un criterio claro para discernir por qué se impone a ALTERNA un modelo de precio y no al resto de prestadores en el mercado. De esta forma, a juicio de este operador y de Xfera no parece haber restricciones para que cualquier otro proveedor como ALTERNA opte por el modelo de precio fijo a través de la vía de la solicitud de intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Vodafone señala más problemas tales como los siguientes: (i) no es posible encontrar un precio que no sea superior al precio de venta de un volumen significativo de mensajes y que permite a Vodafone mantener el negocio dentro de unos márgenes aceptables, (ii) el precio único pondría en riesgo un importante volumen del negocio y (iii) la disponibilidad de ese precio único supondría importantes desarrollos e inversiones para cambiar las plataformas actuales que soportan el modelo de mensajería Premium, no pudiendo estar disponibles en el plazo de 15 días fijados por la CMT.

FTE también considera que en el caso de una migración a un modelo de pago único por mensaje se abrirían un número de negociaciones equivalentes al número de servicios que



se quisieran lanzar que harían perder dinamismo al sector. Para FTE, éste es un modelo muy habitual en los mercados de telecomunicaciones y adecuado para la compartición de riesgos en los que los porcentajes varían en función de los ingresos generados y los riesgos asumidos.

Xfera argumenta que el problema de competencia efectiva se daría si, por ejemplo, como resultado de este conflicto sólo pudiera acceder a los servicios de ALTERNA con un precio fijo regulado a través de un operador con el que ALTERNA tuviera un acuerdo privado, siendo desconocido los términos del acuerdo entre ALTERNA y el tercer operador de acceso intermediario.

Xfera considera que la nueva estructura de precios fijos sería discriminatoria frente a la actual. Así, al establecerse unos precios fijos no basados en el precio final del servicio, habría servicios cuyo coste fijo sería superior al precio minorista impuesto a dicho servicio, no siendo rentables para el titular de la numeración. Como consecuencia de ello, el volumen de negocio sería menor al existir menos titulares de numeración que pudieran operar de manera rentable y además los costes operativos a repercutir a los titulares de numeración también aumentarían. Xfera señala que éste podría ser el caso para los servicios de SMS correspondientes a los rangos “a” y “c” del artículo 4 de la Orden ITC/308/2008, con precios inferiores a 1,2€. En definitiva, Xfera considera que sólo serían capaces de sobrevivir los titulares de numeración con elevadas economías de escala.

Contestación a las alegaciones

Los temores expresados por estos operadores móviles responden a la consideración de que el mercado sólo es viable en los términos actuales de reparto de ingresos, algo que es obvio que no tiene por qué ser el punto de vista de el resto de los agentes intervinientes. De hecho un modelo basado en retenciones unitarias funciona desde hace mucho tiempo de forma estable y exitosa en el mercado de tarificación adicional.

Tampoco esta Comisión pretende cambiar modelos exitosos que benefician a ambas partes sino resolver un conflicto que se ha producido porque indudablemente una parte no se consideraba beneficiada.

En cualquier caso esta Comisión al contrario de lo que expone Vodafone no está imponiendo un modelo de negocio sino resolviendo un conflicto a petición de una parte. Otras situaciones podrían dar lugar a otro tipo de resoluciones.

De hecho sólo si la situación de ALTERNA fuese generalizada en otros modelos de negocio de otros operadores se podrían esperar cambios sustantivos, pero ello sólo significaría que estaríamos, al contrario de lo que se alega, en una situación de imposición de condiciones por parte de los operadores móviles y no ante un modelo de negocio libremente aceptado que beneficia a todos de forma equilibrada.

Por lo que se refiere a la frase entrecomillada de las alegaciones de Telefónica sobre *“los incentivos para mantener el actual modelo de prestación”* se recuerda que el suministro de acceso a los usuarios conectados a una red es una obligación genérica para todos los operadores de red y es obligación de esta Comisión el garantizar dicho acceso en las condiciones establecidas por la normativa nacional y comunitaria.

Con respecto a la hipotética situación planteada por Xfera, esta Comisión considera que no existe evidencia de que ello vaya a ocurrir por la imposibilidad técnica de interoperabilidad manifestada de forma reiterada por los operadores móviles en el marco de éste y otros expedientes.



Por último en relación con la preocupación de Xfera sobre la adaptación de la Orden ITC/308/2008 a un esquema de retribución basado en precios unitarios, esta Comisión cree que la Orden de referencia no es (ni podría ser) una norma reguladora de precios en mercados liberalizados sino que su objetivo es el garantizar los derechos de los usuarios y la transparencia de las ofertas.

Por tanto, si el mercado de SMS Premium evolucionara no hay ninguna duda que la norma también lo haría. No obstante, dados los costes de los servicios mayoristas de SMS (y de los minoristas) no parecen fundados dichos temores.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho,

RESUELVE

ÚNICO.- Obligar a los operadores Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A. y Vodafone España, S. A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S. A. y Euskaltel, S.A. 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.6.3 de esta Resolución, debiendo negociar la firma de los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución.

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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 contra desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.



ANEXO 1.- MODALIDADES DEL SERVICIO

Formato de los números	Valores de las cifras	Longitud de los números	Modalidades de servicio
2 5YAB	Y, A, B = de 0 a 9	5 cifras	a) Precio $\leq 1,2$ € [El subrango 280AB se utilizará para campañas de tipo benéfico o solidario]
2 7YAB			
2 80AB			
2 9YABM	Reservado expansión a 6 cifras		
3 5YAB	Y, A, B = de 0 a 9	5 cifras	b) $1,2$ € < Precio ≤ 6 €
3 7YAB			
3 9YABM			
79 5ABM	A, B, M = de 0 a 9	6 cifras	c) Servicios de suscripción con precio por mensaje recibido $\leq 1,2$ €
79 7ABM			
79 9ABMC			
99 5ABM	A, B, M = de 0 a 9	6 cifras	d) Servicios exclusivos para adultos de precio ≤ 6 €
99 7ABM			
99 9ABMC			

ANEXO 2. ESQUEMA DE GESTIÓN DE MENSAJES DE LOS SERVICIOS SMS PREMIUM

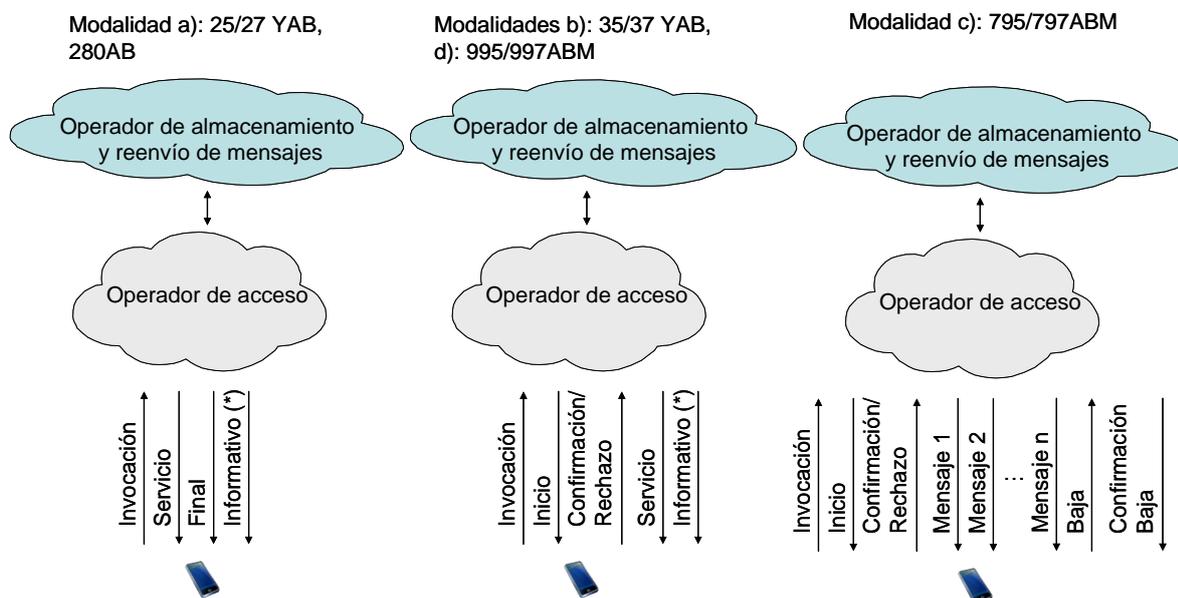
La Orden ITC/308/2008 no solamente definía un rango de numeración para la prestación de los servicios SMS/MMS Premium, sino que también definía el intercambio de mensajes entre el proveedor de servicios SMS Premium y el usuario para cada una de las modalidades. Los citados mensajes fueron caracterizados y ampliados por el Código de Conducta para la prestación de los servicios SMS/MMS Premium, añadiendo el mensaje de confirmación de baja.

En el esquema siguiente se muestran los procedimientos de contratación y prestación del servicio en función de las diferentes modalidades²⁵ de servicio SMS/MMS Premium contenidas en la Orden ITC/308/2008.

²⁵ En el anexo 1 de detallan las distintas modalidades de servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES



(*) Mensaje informativo: Sólo se envía bajo ciertos acontecimientos (resultado de participaciones en votaciones, concursos etc.), dicho mensaje podría ir incluido en el mensaje final.

- Mensajes enviados por el usuario

Los mensajes enviados por el usuario son los de invocación, confirmación/rechazo y baja y no se les podrá cargar cantidad adicional al precio de soporte:

Mensaje de invocación: mensaje enviado por el usuario para solicitar un servicio ya sea la descarga de un contenido, a participación en un sorteo o cualquier otro.

Mensaje de confirmación/rechazo: el usuario acepta o rechaza las condiciones de prestación del servicio que el operador le ha informado en un mensaje anterior.

Mensaje de baja: el usuario solicita la baja de una suscripción.

- Mensajes enviados por el proveedor de servicios SMS/MMS

De acuerdo con los términos definidos en el Código de Conducta, los mensajes de inicio, final e informativo serán remitidos por el operador titular del número/s y gratuitos al usuario:

Mensaje/s de Inicio: El mensaje o mensajes remitidos por el operador titular del número/s con anterioridad al suministro de la prestación solicitada para las modalidades de servicio b), c) y d).

Mensaje/s Final: El mensaje o mensajes remitidos por el operador titular del número con posterioridad al suministro de la prestación solicitada, e indicado para la prestación de la modalidad a).

Mensaje Informativo: El mensaje a que refiere el artículo 5.2º de la Orden ITC/308/2008, establecido para los servicios consistentes en la realización de una determinada acción diferente del suministro de un contenido en respuesta al mensaje de invocación enviado por el usuario (por ejemplo, votaciones, concursos y otros). Una vez efectuada dicha acción el mensaje ha de ser remitido por el operador titular del número/s y proporcionará información al usuario sobre el resultado de la misma.



Mensaje de confirmación de baja: Mensaje enviado en respuesta a una solicitud de un usuario de baja del servicio de suscripción al objeto de confirmarle la baja.

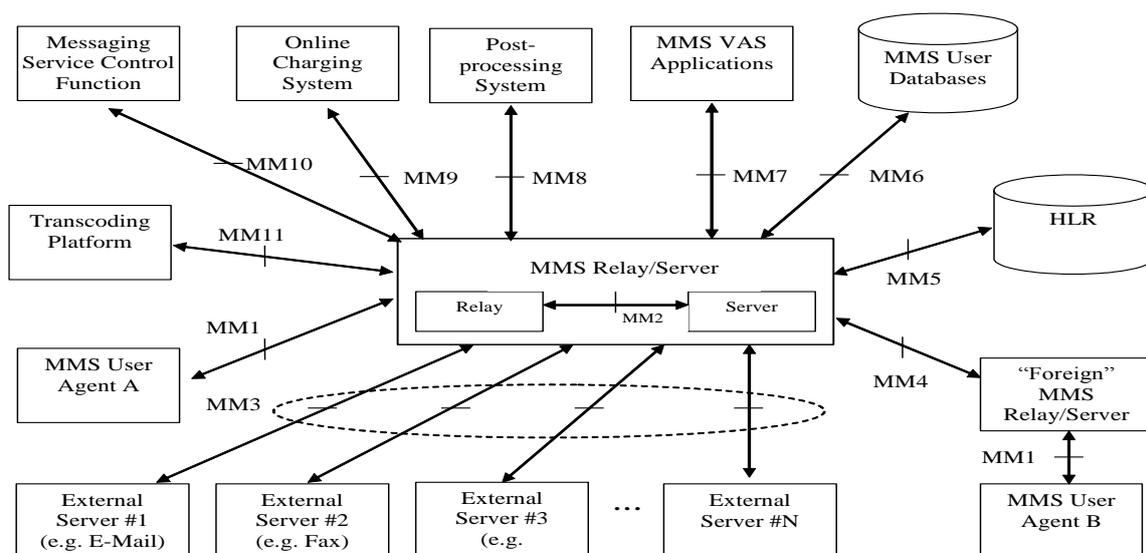
ANEXO 3.- ESQUEMA DE LOS FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS MMS PREMIUM

Desde el punto de vista técnico, la arquitectura de red mediante la que se prestan los MMS difiere en algunos aspectos de la arquitectura para la prestación de los SMS.

El cambio más relevante consiste en la existencia de una interfaz en particular, la MM4, mediante la que se conecta el MMSC al que pertenece el usuario origen del MMS con el MMSC del operador al que pertenece el usuario destino. Esta interfaz podría permitir que un proveedor de servicios SMS Premium que únicamente ofreciera servicios MMS Premium pudiera potencialmente prestar éstos sin necesidad de conectar sus equipos con los MMSC de todos los operadores móviles.

No obstante, la misma especificación técnica que define la interfaz MM4, también define otra serie de interfaces en particular la interfaz MM7 para la conexión a aplicaciones de valor añadido, así como la interfaz MM3 para la conexión con entidades externas.

En la siguiente figura se pueden observar los distintos interfaces contemplados según la especificación técnica 23.140 "Multimedia Messaging Service (MMS); Functional description; Stage 2" del 3GPP.



La existencia de las citadas interfaces provoca que, a pesar de que técnicamente sea factible la conexión a un único MMSC, la presencia de interfaces específicas para la conexión a entidades externas y en particular a aplicaciones de valor añadido, así como la necesidad de que cualquier MMS generado por un usuario deba transitar por el MMSC del operador móvil que le presta el servicio telefónico móvil disponible al público, hace que sean precisamente dichas interfaces las aconsejables para la prestación de los servicios MMS Premium, siendo necesaria la firma de los correspondientes acuerdos con los distintos operadores móviles.