



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 09/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 17 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al 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 sobre precios sobre servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (MTZ 2010/1986).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2010 y en relación con un conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L., operador de almacenamiento y reenvío de mensajes (en adelante, proveedor de servicios SMS Premium) 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. sobre la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre condiciones técnicas y económicas para un servicio mayorista de acceso a las redes móviles para la prestación de servicios SMS Premium¹, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió:

“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

¹ MTZ 2009/822, en adelante Resolución de 22 de julio de 2010.



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 plazo para llegar a un acuerdo entre las partes finalizó los días 27², 28³ y 30⁴ de septiembre de 2010 respectivamente, en función de la fecha de notificación a cada uno de los operadores.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de diciembre de 2010, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desestimó íntegramente los recursos de reposición interpuestos por las entidades France Telecom España, S.A., Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Xfera Móviles, S.A. contra la Resolución mencionada en el punto anterior⁵ (en adelante, Resolución de 7 de diciembre de 2010).

TERCERO.- Con fecha 13 de octubre de 2010, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de la entidad ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. (en adelante, Alterna), por el cual viene a presentar conflicto de acceso frente a EUSKALTEL, S.A. (en adelante, Euskaltel), FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante, FTE), TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, TME), VODAFONE ESPAÑA, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Vodafone) y XFERA MÓVILES S.A. (en adelante, Xfera) ante la falta de acuerdo con dichos operadores para fijar un precio para la prestación de un servicio mayorista de acceso a las redes móviles para la prestación de servicios SMS Premium en los términos y plazos señalados en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 22 de julio de 2010.

En concreto, Alterna manifestó que, casi todos los operadores interesados han dejado pasar el mes de agosto para negociar y han presentado en septiembre ofertas con una estructura tarifaria de precio unitario “*absolutamente inasumibles*” por su elevada cuantía.

En consecuencia, Alterna solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que:

- (i) *“se requiera a los operadores de telefonía móvil afectados por el presente expediente a que, a partir de 1 de octubre de 2010, procedan a cobrar exclusivamente a esta entidad por la provisión de cada servicio SMS Premium la tarifa por servicio minorista que está fijada, como máximo, en 0,15 €, más las cantidades indicadas por los conceptos que recoge la resolución cuya eficacia es ejecutiva, lo que comportaría un precio total que esta parte entiende que no debe exceder de 0,23 € para tarifas sin opt in y ni de 0,29 € para tarifas con opt in (superiores a 1,2 €);*

²Para TME y Vodafone.

³Para FTE.

⁴Para Euskaltel y Xfera.

⁵ AJ 2010/1508



- (ii) *“que, en caso de que incumplan las referidas entidades lo resuelto por esta Comisión, se inicien los correspondientes procedimientos para exigir la responsabilidad derivada del incumplimiento”;*
- (iii) que se declare el carácter confidencial de determinada información.

CUARTO.- Con fecha 10 de noviembre de 2010, se comunicó a Alterna, a los operadores frente a los que se planteaba el conflicto y a las asociaciones Asociación Empresas Servicios a Móviles (AESAM) y Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido (AVA) el inicio del expediente administrativo para la resolución de la solicitud planteada por Alterna.

QUINTO.- Mediante escritos de fecha 7 de diciembre de 2010, 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 2 de diciembre de 2010. En dicho Informe se proponía obligar a los operadores interesados en el procedimiento a ofrecer a Alterna su servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles **a partir del día 1 de octubre de 2010** a los siguientes precios:

- *“servicios mayoristas de conexión a las redes móviles para la prestación de servicios de mensajes que no requieren aceptación previa del usuario y cuyo precio a cobrar a los consumidores sea inferior o igual a 1,2 Euros, cuarenta (40) céntimos de Euro.*
- *servicios mayoristas de conexión a las redes móviles para la prestación de servicios de mensajes que requieren aceptación previa del usuario y cuyo precio a cobrar a los consumidores sea superior a 1,2 Euros, setenta y siete (77) céntimos de Euro”.*

Igualmente se señalaba que *“las partes deberán negociar la firma de los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento y comunicar dichos precios a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.*

SEXTO.- Dentro del plazo concedido para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, la representación de TME, Vodafone, FTE, Euskaltel, AVA y Alterna presentaron escritos de alegaciones. Posteriormente, los operadores TME, Vodafone, FTE y Alterna, junto con Xfera, completaron sus alegaciones y aportaron nuevos datos.

SÉPTIMO.- 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 conflicto tiene por objeto la determinación del precio que la entidad Alterna ha de satisfacer a los operadores Euskaltel, FTE, TME, Vodafone y Xfera por la prestación de sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles conforme a una estructura tarifaria basada en un precio unitario por servicio. Para fijar este precio, la Resolución de 22 de julio de 2010 estableció los siguientes criterios:

- El nivel de precios por mensaje originado no debe ser superior al precio minorista de un SMS convencional entre abonados;
- a dicho precio se añadirá un margen adicional para cubrir los costes de facturación y cobro diferenciales sobre un SMS convencional y soportados por el operador de acceso;
- asimismo, se incluirá 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 presente conflicto se interpone ante la imposibilidad de las partes para llegar a un acuerdo para fijar los precios de los servicios mayoristas de conexión a la red móvil y una vez transcurrido el plazo de dos meses para negociar previsto en la Resolución de 22 de julio de 2010, plazo que finalizó entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010, en función de la fecha de notificación de esa Resolución a los respectivos operadores. La presente Resolución fijará estos importes, lo que supone la concreción de la de 22 de julio de 2010 por lo que no se reiterarán la mayoría de los argumentos jurídicos y fácticos allí recogidos que justificaron la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

II.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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 48.3, 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 4.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.

Por último, el artículo 23.3 del Reglamento de Mercados, reconoce a esta Comisión, entre otras, competencias para intervenir en las relaciones entre operadores, conocer de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de la LGTel, así como establecer obligaciones sobre acceso o interconexión a los operadores o proveedores en la medida en que, de acuerdo con la normativa comunitaria, sea necesario para garantizar el acceso a los usuarios finales a determinados servicios.

II.3 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PRESENTE CONTROVERSIA

La fijación de los precios de los servicios mayoristas entre operadores cuando éstos no hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo para su determinación en base a criterios razonables constituye una de las competencias que la LGTel atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ámbito de sus facultades en materia de resolución de conflictos.

En este sentido, es sumamente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo⁶ de 31 de mayo de 2005 que 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 Resolución recurrida en la Sentencia mencionada, otros ejemplos se encuentran en las Resoluciones de 7 de junio de 2007⁷ y de 26 de julio de 2007⁸. 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

⁶ Sentencia de 31 de mayo de 2005 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.

⁷ 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).

⁸ 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).



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.

Vodafone y FTE vuelven a plantear en sus escritos de alegaciones la cuestión de la falta de competencia de esta Comisión para la resolución del presente conflicto. Con el objeto de evitar reiteraciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se remite a las contestaciones sobre estos extremos recogidas en las Resoluciones de 22 de julio de 2010 y 7 de diciembre de 2010.

II.4 NEGOCIACIONES

La Resolución de 22 de julio de 2010 otorgó a los interesados en el conflicto un plazo de dos meses desde la notificación de la misma para que alcanzasen un acuerdo sobre los importes a pagar por los servicios mayoristas de conexión de Alterna a sus respectivas redes móviles que se ajustase a la estructura tarifaria de precio unitario por servicio y cuya cuantía debía estar referenciada a los criterios recogidos en apartado II.1 de esta Resolución.

Con fecha 29 de julio de 2010, Alterna remitió a todos los operadores que formaban parte del conflicto un burofax instándoles a negociar en el sentido indicado en la Resolución. Las reuniones se desarrollaron a lo largo del mes de septiembre.

Propuestas presentadas por las partes

Por lo que se refiere a las propuestas económicas objeto de controversia, Alterna propuso las siguientes tarifas para los servicios SMS Premium:

- 1.- Precio unitario por la provisión máximo de 0,15 € por servicio prestado.
- 2.- 0,02 € por gastos de facturación y riesgo de insolvencia por cada servicio.
- 3.- 0,06 € por la realización del mensaje informativo.

Por tanto, Alterna considera que los precios a pagar a los operadores de acceso por mensajes sin opt-in⁹ de importe para el usuario final igual o inferior a 1,2 € no deberían exceder de 0,23 € ni de 0,29 € los de tarifas para mensajes SMS Premium con opt-in y, por tanto, de importes superiores a 1,2 €.

Por su parte los operadores FTE, TME y Vodafone presentaron propuestas tanto con estructuras de precio unitario como de *revenue sharing*. En concreto, se hicieron las siguientes propuestas:

⁹ Los mensajes sin opt-in son aquéllos que no necesitan una confirmación del usuario posterior a la solicitud del servicio y se prestan a través de la numeración 25YAB, 27YAB y 28YAB. Los mensajes con opt-in son los que tras la solicitud de un servicio, el usuario debe confirmar con un segundo mensaje que está de acuerdo con las condiciones de prestación del mismo. Este tipo de mensajes se prestan actualmente a través de la numeración 35YAB, 37YAB, 995ABM y 997ABM.



A) TME:

- Antes del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

- Después del informe de audiencia

Telefónica se reafirma en los precios ofertados aportando únicamente un mayor desglose en cuanto a la justificación de éstos.

B) VODAFONE:

- Antes del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

- Después del informe de audiencia

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

C) FTE

- Antes del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

- Después del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

D) EUSKALTEL

- Antes del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

- Después del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

E) XFERA

- Antes del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]

- Después del informe de audiencia **[CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL].

II.5 SOBRE LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS APLICABLES EN LA FIJACIÓN DE PRECIOS

El artículo 8 de la Directiva 2002/21/EC relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)¹⁰ encomienda a los Estados miembros que velen porque, al desempeñar las funciones reguladoras, las

¹⁰ DOCE L108/33, de 24 de abril de 2002.



Autoridades Nacionales de Regulación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución, entre otros, del 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”*.

La legislación española ha incorporado estas previsiones; así la LGTel establece en su artículo 3 a) como un objetivo que debe ser seguido por las ANRs el *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”*.

Esta Comisión debe perseguir, en todo caso, que la solución que adopta esté en línea con la consecución de los objetivos y principios que está llamada a proteger, tanto los generales del artículo 3 de la LGTel como los específicos del derecho de acceso, pero sin más limitaciones que las de establecer unas condiciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

Alterna planteó un conflicto ante esta Comisión que fue resuelto en el sentido señalado en el antecedente de hecho primero de esta Resolución. La concreta ejecución de lo dispuesto se dejaba a las partes que, en base a los criterios fijados, debían establecer los precios y firmar los correspondientes acuerdos.

FTE considera que la fijación de los precios únicamente puede realizarse en el seno de un análisis de mercado que lleve a determinar los operadores presentes en el mismo y las obligaciones a aplicar en su caso. Frente a esta afirmación y como se apuntó en la Resolución de 22 de julio de 2010, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones vuelve a señalar que el objeto de aquella controversia se limitaba a un conflicto entre un determinado proveedor de servicios SMS Premium, Alterna, frente a TME, Vodafone, FTE, Xfera y Euskaltel, operadores de acceso. 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 propuso se ceñía al esquema de negocio y a las peticiones planteadas por Alterna y le es aplicable únicamente a las partes del conflicto.

En concreto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones concluyó que la estructura tarifaria de precio unitario era adecuada y razonable a la luz de las exigencias de proporcionalidad y transparencia recogidas en el conflicto planteado lo que no excluía que situaciones distintas y modelos de negocio diferentes podrían suponer la aplicación de otras soluciones.

La Resolución de 22 de julio de 2010 fijó un sistema transparente de precios para que la red fuera neutral para los servicios SMS Premium, entendida esta neutralidad en el sentido de que se pagara el mismo precio por el mismo servicio con independencia del contenido que se transmitiera. Se trataba de evitar que los operadores de acceso utilizaran el poder que les da la titularidad sobre las redes para imponer sus condiciones sin tener en cuenta los servicios realmente soportados y ofrecidos a los proveedores de servicios SMS Premium.



De otro modo, existía el riesgo de que con el modelo de *revenue sharing*, se pudieran establecer unos precios de acceso excesivos para Alterna, esto es, que no se limitaran a remunerar los servicios efectivamente prestados como el acceso o la facturación y cobro, y que además fueran significativamente superiores a los precios de servicios similares que se estuvieran prestando en un contexto de mayor competencia.

Transcurrido el plazo fijado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 22 de julio de 2010, sin que Alterna y los operadores de acceso hayan alcanzado un acuerdo de precio único, se procederá a determinar la cuantía exacta que deberá ser satisfecha por Alterna por la prestación de los servicios mayoristas de conexión a las redes móviles, es decir, se concretarán los importes que las partes no han alcanzado a establecer.

De este modo, esta Comisión ha de pronunciarse sobre la cuantía de los precios ofertados por FTE, Euskaltel, TME, Vodafone y Xfera, resolviendo sobre la base de los principios generales que le vinculan. Estos precios 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 entendió 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. Aunque por lo que se refiere a las insolvencias, Alterna ha puesto de manifiesto que en la actualidad los importes relativos a éstas le son repercutidos por lo que se eliminará del cálculo del precio final el coste diferencial por este concepto, como se explicará en el apartado siguiente.

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

La aplicación de los principios de proporcionalidad, objetividad y no discriminación, previstos en el artículo 11.5 de la LGTel, a las condiciones que se establezcan exige la toma en consideración de elementos objetivos, en el presente supuesto determinados costes de los operadores, para configurar los precios conforme a las previsiones de la Resolución de 22 de julio de 2010. Puesto que cada uno de los operadores de acceso soporta unos costes distintos, la presente Resolución presentará soluciones diferentes para cada uno de ellos en atención a sus concretas circunstancias aplicadas a las previsiones establecidas por esta Comisión.

II.6 ESTRUCTURA DE PRECIOS APLICABLES A ALTERNA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MAYORISTA DE CONEXIÓN A LAS REDES MÓVILES

Alterna planteó el conflicto en relación con dos tipologías de servicios distintas:



- los servicios que no requieren la aceptación previa a la prestación del mismo por parte del usuario (sin opt-in), a los que se aplica un precio menor o igual a 1,2 € y que se prestan a través de los códigos numéricos 25YAB y 27YAB y
- los servicios que necesitan de una aceptación previa por parte del abonado a los que se aplican tarifas superiores a 1,2 € (con opt-in), es decir, entre los 1,2 € y los 6 €. En estos servicios se incluyen los que se prestan a través de los códigos 35YAB y 37YAB, así como los servicios exclusivos para adultos mediante los códigos 995ABM y 997ABM.

Tanto la solicitud de Alterna, como la propuesta recogida en el informe de audiencia, establecían un precio fijo en función del tipo de servicio, es decir, de la numeración utilizada. Los servicios prestados a través de los códigos más bajos soportaban un precio y los de los más altos, otro. Sin embargo, con esa diferenciación no se había tomado en consideración que a través de una determinada numeración pueden prestarse servicios que implican el intercambio de distinto número de mensajes.

Por ejemplo, la normativa exige que el usuario que realice una votación debe ser informado del resultado de la misma y de la identidad del proveedor de servicios SMS Premium. Estos dos contenidos pueden remitirse en un único mensaje o en dos separados y es el titular de la numeración el que decidirá cómo lo realiza. Como de lo que se trata es de que el proveedor de servicios SMS Premium pague por cada servicio que le preste el operador de acceso con independencia del precio que abone el usuario, será el tipo y número de mensajes que se intercambien entre el usuario y el proveedor de SMS Premium el que determine la cuantía que este último deberá abonar al operador de acceso en concepto de servicio mayorista de conexión a la red móvil.

Asimismo, no se descarta que futuras modificaciones normativas puedan establecer otras pautas de comportamiento que exijan el intercambio de un número de mensajes distinto del actualmente establecido en la Orden ITC/308/2008, tal como se detalla en el borrador del proyecto de modificación de la citada orden.

En consecuencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que el precio unitario debe fijarse en función del número de mensajes que se intercambian las partes. Por ello, se establecerá un precio para los mensajes que se cursen en dirección usuario-proveedor de servicios SMS Premium y otro para los que se dirijan en sentido contrario, esto es, proveedor de servicios SMS Premium-usuario.

Además, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha estudiado las casuísticas concretas de los operadores objeto del conflicto a partir de los datos aportados por éstos. En este sentido, Euskaltel y Xfera han justificado que soportan unos costes de red significativamente mayores con respecto al resto de los operadores como consecuencia de las particularidades específicas que afectan a sus plataformas, las cuales son necesarias para la prestación de esta tipología de servicios, y de sus economías de escala. Este hecho provoca que, aplicando los criterios fijados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los importes que deberían cobrar a Alterna deberían modificarse en proporción a los costes efectivamente incurridos por cada operador.

Por tanto, se ha establecido un precio específico para cada uno de los operadores de acceso que forman parte del conflicto, TME, Vodafone, FTE, Xfera y Euskaltel, de acuerdo con sus costes y el volumen de SMS Premium que gestionan.



Para el cálculo de los precios, se ha determinado como uno de los elementos que integran el importe final, el precio nominal que actualmente presentan mensajes con características similares a los que se utilizan para la prestación del servicio de SMS Premium. En el caso de mensajes usuario-proveedor de servicios Premium, se ha tomado como referencia el precio nominal minorista del servicio de mensajes cortos (15 céntimos de Euro) entre usuarios puesto que dicho precio, establecido por los operadores en condiciones comerciales competitivas, ya contempla los costes minoristas que debe hacer frente el operador de acceso¹¹, mientras que en el caso de los mensajes proveedor de servicios SMS Premium-usuario se ha tomado como referencia el precio mayorista del servicio de terminación de mensajes cortos (6 céntimos de Euro). Tal y como se señaló en la Resolución de 22 de julio de 2010, estos importes compensarían, incluyendo un margen comercial, la mayoría de costes tanto mayoristas como minoristas a los que debe hacer frente el operador de acceso.

No obstante, partiendo de los anteriores valores y siguiendo con la filosofía indicada en la Resolución de 22 de julio de 2010, para delimitar el importe final al que deberá hacer frente el proveedor de servicios SMS Premium, es preciso calcular los costes unitarios diferenciales que debe soportar el operador de acceso para la prestación de este tipo de servicios, costes que podrían no estar cubiertos por los importes nominales anteriormente señalados.

Tras el análisis de los distintos datos aportados por los operadores, en el informe de audiencia se concluyó que en general los costes adicionales a los que deben hacer frente los operadores acceso para la prestación de los servicios SMS Premium derivan de los siguientes conceptos: (i) Las plataformas específicas que han de desplegar los operadores de acceso para la prestación de este tipo de servicios, (ii) el coste de atención al cliente que genera este tipo de servicios al operador de acceso derivado de la percepción por parte del usuario de que el prestador del servicio es este último, operador que además es el encargado de facturar al usuario, (iii) el coste de subvención de terminales, en particular, el del alta de nuevos terminales que permiten ofertar la capacidad necesaria para interactuar con los servicios SMS Premium que requieren de mayores prestaciones (por ejemplo juegos java) y por último (iv) el riesgo mayor de insolvencias que pudiera generar esta tipología de clientes.

A continuación se analizarán cada uno de los conceptos anteriormente mencionados.

Costes de red

Los precios nominales que se han considerado de referencia para las dos tipologías de mensajes (15 y 6 cts. de Euro) son comunes tanto a los servicios de mensajes cortos entre usuarios como a los mensajes SMS Premium. Sin embargo, existen costes de red específicos derivados de las plataformas propias para la provisión del servicio SMS Premium, siendo el principal el de las plataformas de servicios de valor añadido, que únicamente gravan a los mensajes Premium, puesto que las citadas plataformas no son utilizadas para la prestación de los servicios de mensajes convencionales entre usuarios.

A la hora de valorar estos costes nos encontramos ante la existencia de dos tipologías de operadores claramente diferenciadas, los operadores con obligación de presentar

¹¹ Costes de facturación y cobro minorista, marketing, ventas, atención a clientes, parte proporcional de los costes comunes y de estructura, etc.



contabilidad de costes regulatoria (Vodafone, TME, Orange) y operadores que no tienen dicha obligación (Xfera y Euskaltel).

A diferencia de lo que sucede en el caso de los tres operadores regulados, en el caso de Xfera y Euskaltel, no disponemos de información proveniente de un modelo de costes verificado por esta Comisión que permita contrastar los datos aportados por los citados operadores.

Los operadores presentan economías de escala, en relación con el volumen de SMS Premium que gestionan, que difieren en órdenes de magnitud. A modo de ejemplo TME cursó en 2009 según la contabilidad regulatoria **CONFIDENCIAL []** mensajes mientras que Euskaltel en 2010, según su escrito de alegaciones estima un volumen de **CONFIDENCIAL []**. Esta circunstancia conlleva indefectiblemente la necesidad de considerar costes de red diferenciados.

Por tanto para calcular el coste unitario proveniente de las plataformas específicas para la prestación de los servicios SMS Premium y considerar el efecto de las economías de escala, se reparte el coste total de las mismas en función del número de mensajes SMS Premium que cursa cada operador, obteniéndose el siguiente resultado:

- Euskaltel: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- FTE: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- TME: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- Vodafone: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- Xfera: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.

Costes de atención al cliente

Como se ha indicado anteriormente, otro de los costes diferenciales derivados de la provisión del acceso mayorista a los servicios SMS Premium proviene del servicio de atención al cliente, puesto que cierto volumen de usuarios identifica como proveedor del servicio de SMS Premium a aquél que le factura y no al titular de la numeración. En este sentido, y a pesar de que las plataformas de atención al cliente son comunes para todos los servicios prestados por el operador en el ámbito residencial, no es menos cierto, y así lo han señalado los operadores de acceso, que un cierto número de llamadas y consultas al centro de atención al cliente no se producirían de no proveerse este tipo de acceso mayorista.

FTE señala que *“la aplicación del precio fijo unitario propuesto por esta CMT supondría, en la práctica, obviar los costes de atención al cliente”*. Frente a estas alegaciones, Alterna apunta que FTE tanto para tramitar la baja de los servicios SMS Premium como para cualquier incidencia en el uso de los mismos remite al servicio de la empresa que envía el SMS. A juicio de Alterna, es el proveedor de servicios SMS Premium el que soporta los costes de atención al cliente, facilitando una página web al usuario para posibles incidencias y un número de teléfono para sus reclamaciones. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones coincide parcialmente con ambos operadores por lo que ha tenido en cuenta la parte correspondiente a los costes para la prestación del servicio de atención al cliente en el precio final establecido aunque en un importe menor del indicado por la operadora.



Estos valores se han obtenido a partir de la imputación correspondiente del coste de atención al cliente al servicio SMS Premium, ponderándolo por el número de mensajes SMS Premium cursados por el operador. El resultado de dicho ejercicio es el siguiente:

- Euskaltel: **CONFIDENCIAL** [] céntimos de Euro/mensaje.
- FTE: **CONFIDENCIAL** [] céntimos de Euro/mensaje.
- TME: **CONFIDENCIAL** [] céntimos de Euro/mensaje.
- Vodafone: **CONFIDENCIAL** [] céntimos de Euro/mensaje.
- Xfera: **CONFIDENCIAL** [] céntimos de Euro/mensaje.

Coste de subvención de terminales,

En cuanto a la recuperación de los costes derivados de la subvención de terminales, solicitado por algunos operadores, cabe mencionar que parte de los servicios SMS Premium se están configurando para las nuevas prestaciones que van incorporando los terminales móviles. La política de subvención de terminales que han venido desarrollando algunos operadores móviles (FTE, TME y Vodafone) ha fomentado la actualización de su parque de terminales y ha posibilitado la existencia de un mercado potencial mayor para el desarrollo del mercado SMS Premium y en particular el mercado de los contenidos. Por tanto, es necesario determinar qué parte de los costes ligados a esta actividad debe repercutirse a los proveedores de servicios SMS Premium.

Para ello, debe tenerse en cuenta que el precio minorista de los SMS convencionales ya incluye una parte importante destinada a la recuperación de los costes ligados a la subvención de los terminales. Por otra parte, como esta Comisión ya señaló en el análisis del Mercado 15¹², el terminal es un elemento competitivo esencial en el mercado móvil en España, por lo que los operadores utilizan la subvención de los mismos bien para captar nuevos clientes o para fidelizar a su propia planta. En consecuencia, los operadores subvencionan los terminales de última generación no tanto porque pretendan fomentar el uso de los SMS Premium sino porque los consumidores optan por un operador u otro en función del terminal que les ofrece.

No obstante, es también preciso destacar que los proveedores de SMS Premium se benefician de la penetración de los terminales de última generación dado que las mayores capacidades de éstos les permiten mejorar su oferta e incrementar el valor añadido de los servicios que proveen en el mercado minorista. Desde este punto de vista, estaría justificado que los proveedores de contenidos contribuyeran a estas subvenciones mediante la consideración de un diferencial, siempre que éste fuera proporcionado, en los precios de los SMS Premium.

En definitiva, esta Comisión considera que el diferencial a considerar en relación con los SMS Premium debe incluir una parte de los costes de subvención de terminales – la referida al alta - y no su totalidad que incluiría también la fidelización, porque los proveedores de contenidos reciben un beneficio de los mismos. Por todo lo anterior, esta Comisión considera que lo más proporcionado es incluir en el cálculo del

¹² Resolución de 2 de febrero de 2006, la Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea



diferencial únicamente los costes de subvención de terminales dirigidos a clientes nuevos y no los derivados de los programas de fidelización de los clientes propios, más relacionados con la reposición del terminal, que se consideran ya incluidos en el precio minorista de los SMS entre abonados.

Dicho importe se extrae nuevamente de la contabilidad de costes de los operadores móviles en particular de la partida de alta de terminales y accesorios perteneciente al servicio SMS Premium. A partir de estos valores ponderados por el volumen de mensajes se obtienen los siguientes resultados:

- FTE: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- TME: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.
- Vodafone: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro/mensaje.

El resto de operadores, Euskaltel y Xfera, actualmente no basan su modelo de competencia en una política intensiva de subvención de terminales de gama alta, sino en estructuras tarifarias diferenciadas con respecto a sus competidores. Por tanto, esta Comisión entiende que en este caso y para estos operadores no sería necesario reconocer un coste diferencial puesto que los precios nominales ya remunerarían razonablemente este concepto.

Costes de insolvencias

Entre los elementos que, según la Resolución de 22 de julio de 2010, debían tomarse en consideración para fijar el precio final se encontraba “*un coste extra por insolvencias*”. Alterna señala que actualmente asume el coste efectivo de los impagos¹³ producidos en los servicios que presta con los distintos operadores de acceso por lo que deben eliminarse las cuantías correspondientes a este concepto del importe final y en este mismo sentido, se manifiesta AVA. Por tanto, a juicio de estas entidades no deben tomarse en cuenta los importes por este concepto en el precio a pagar pues los operadores de acceso derivan la responsabilidad por los mismos.

Los operadores de acceso, si bien confirman el traslado de los impagos producidos por servicios SMS Premium, añaden que los impagos que se producen derivados de estos servicios no se limitan a los mismos, sino que sus efectos se extienden a la totalidad de la factura, llegando, en ocasiones, a producirse la baja definitiva del cliente. Respecto a este último supuesto, esta Comisión considera que la Orden ITC/308/2008 obliga a separar el servicio soporte del servicio de valor añadido, permitiendo de este modo que el usuario muestre su disconformidad con el pago de la componente de valor añadido sin que ello derive obligatoriamente en el impago de la parte correspondiente al servicio soporte, lo que permite que se le siga prestando al abonado el servicio telefónico y el general de mensajes si los paga, por lo que no siempre se producirá el perjuicio señalado.

Esta Comisión considera acreditado que el mayor coste de insolvencias generado por este tipo de servicios ya se repercute íntegramente al proveedor del servicio de mensajes SMS Premium y además el precio nominal de los mensajes cortos (15 céntimos de Euro por mensaje) ya contempla un coste razonable para insolvencias, por lo que no se considera adecuado incorporar un coste diferencial por esta partida,

¹³ Impagos de Alterna **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**



ya que de hacerlo se estaría remunerando al operador móvil de acceso doblemente, una por la vía de los 15 céntimos de Euro y otra por la repercusión en la partida de costes diferenciales. Por todo ello, no se incrementará ninguna cantidad adicional por este concepto dentro de los elementos de fijación del precio unitario a pagar por Alterna.

En consecuencia, teniendo en cuenta los criterios señalados y aplicando los principios marcados en la Resolución de 22 de julio de 2010, obtendríamos los siguientes precios para los operadores de red:

- Euskaltel: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por el mensaje que envía el usuario al proveedor de servicios SMS Premium y **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por mensaje que envía el proveedor de servicios SMS Premium al usuario.
- FTE: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por el mensaje que envía el usuario al proveedor de servicios SMS Premium y **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por mensaje que envía el proveedor de servicios SMS Premium al usuario.
- TME: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por el mensaje que envía el usuario al proveedor de servicios SMS Premium y **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por mensaje que envía el proveedor de servicios SMS Premium al usuario.
- Vodafone: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por el mensaje que envía el usuario al proveedor de servicios SMS Premium y **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por mensaje que envía el proveedor de servicios SMS Premium al usuario.
- Xfera: **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por el mensaje que envía el usuario al proveedor de servicios SMS Premium y **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro por mensaje que envía el proveedor de servicios SMS Premium al usuario.

Pasando al caso concreto y siguiendo con el ejemplo recogido al inicio de este apartado, puesto que para prestar servicios a través de los códigos 25YAB/27YAB actualmente basta con el envío de 2 mensajes, un mensaje del usuario solicitando el servicio y otro final del proveedor de servicios SMS Premium en el que se informa del precio del servicio y se transmite el contenido o, en su caso, el resultado de la acción (votaciones, concursos y otros), el precio por servicio entregado a un abonado de TME al que debería hacer frente Alterna para un servicio SMS Premium en el que haya un mensaje de invocación usuario-proveedor y otro final/informativo proveedor-usuario, sería de **CONFIDENCIAL []**¹⁴ céntimos de Euro.

Si en lugar de dos mensajes, el abonado de TME solicitase un servicio a través de numeración 35YAB que implica el envío de dos mensajes usuario-red y otros dos en sentido contrario, el importe a abonar por Alterna sería de **CONFIDENCIAL []**¹⁵ céntimos de Euro.

Fecha de aplicación de los precios

Por lo que se refiere a la fecha desde la que se aplicarán estos precios, la Resolución de 22 de julio de 2010, estableció a las partes un plazo de dos meses para negociar.

¹⁴ **CONFIDENCIAL [15+ +6+]**

¹⁵ **CONFIDENCIAL [(15+ +6+)*2]**



Su cumplimiento suponía tanto la negociación y fijación de precios entre las partes de conformidad con los parámetros allí recogidos como, desde un punto de vista formal, que esos acuerdos se llevaran a cabo en un plazo que finalizó el 30 de septiembre de 2010. Por tanto, si las partes hubieran alcanzado un acuerdo, habrían aplicado los nuevos precios a partir de los días 27¹⁶, 28¹⁷ y 30¹⁸ de septiembre. Alterna solicita en el escrito por el que se inicia este conflicto que los nuevos precios se apliquen desde el día 1 de octubre de 2010.

A pesar de que Alterna notificó a las partes su interés en iniciar la negociación de los nuevos precios el 29 de julio de 2010, los operadores no fijaron las primeras reuniones ni presentaron las primeras ofertas hasta el mes de septiembre. Estas ofertas realizadas a partir de los criterios de la Resolución de 22 de julio de 2010, no permitieron alcanzar acuerdos con Alterna, por lo que éste presentó conflicto de acceso ante la Comisión.

Esta Comisión considera que el plazo otorgado fue suficiente para cumplir con la obligación establecida en la Resolución de 22 de julio de 2010, lo que hubiera supuesto la aplicación de los nuevos precios a partir de las fechas de finalización de los plazos de negociación.

En su escrito de 4 de enero de 2011, FTE manifiesta su desacuerdo con lo que califica aplicación retroactiva de los precios. FTE señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones únicamente ha aceptado la retroactividad cuando existía un precedente del pronunciamiento y con la finalidad de evitar una discriminación negativa a los afectados.

En realidad, no se trata de un supuesto de retroactividad propia, es decir no se trata de una resolución que con posterioridad pretende anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Resolución, sino que pretende incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, es lo que la jurisprudencia denomina retroactividad impropia en la que la licitud de la resolución resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, el beneficio derivado de la no consecución de un acuerdo en cumplimiento de la Resolución de 22 de julio de 2010 por parte de los operadores de acceso.

En este caso, todos los operadores conocían que los nuevos precios aplicaban transcurridos dos meses desde la notificación inicial. El retraso, en principio, beneficiaba a los operadores de acceso que en todo momento han seguido manifestando sus preferencias por el modelo de *revenue sharing* y sus reticencias a cambiar la estructura de precios que consideraban que no les interesaba. Por tanto, la ponderación entre la seguridad jurídica y el beneficio derivado del incumpliendo de la citada Resolución lleva a aceptar la fecha de 1 de octubre de 2010 como fecha de inicio para la aplicación de los nuevos precios.

A mayor abundamiento, se considera razonable la solicitud de Alterna porque: (i) este plazo es posterior al fijado para la negociación; (ii) facilita su aplicación por los operadores puesto que es el primer día de ese mes y (iii) supone fijar un plazo idéntico para todos los operadores sin dejar la determinación de esa fecha en manos del mayor

¹⁶Para TME y Vodafone.

¹⁷Para FTE.

¹⁸ Para Euskaltel y Xfera.



o menor retraso en la recepción de la notificación de la anterior Resolución. Por tanto, se considera razonable establecer el 1 de octubre de 2010 como el *dies a quo* para aplicar los precios aprobados por la presente Resolución.

II.7 CONTESTACIÓN A LAS ALEGACIONES

Revenue Sharing como sistema mayoritario

Todos los operadores de acceso señalan que han llegado a un acuerdo tanto con AESAM como con la mayoría del mercado y argumentan que, por tanto, no es necesario modificar la estructura tarifaria ya que estos acuerdos ponen de relieve la adecuación del modelo de *revenue sharing*. Ha de partirse de la base de que Alterna no ha firmado estos acuerdos, además sin tomar en cuenta los distintos motivos que han impulsado a otros proveedores de servicios SMS Premium a llegar a los mismos, esta situación viene a confirmar la tesis sostenida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la Resolución de 22 de julio de 2010 de que se está examinando un conflicto individual relativo a las relaciones entre dos partes que no alcanzan un acuerdo y que no se está regulando de forma indirecta un mercado.

Asimismo, la aceptación de unas determinadas ofertas de los operadores de acceso que mejoran sustancialmente las condiciones de los proveedores de servicios SMS Premium responden a una decisión racional que no necesita mayor aclaración. El hecho de que no hayan acudido a plantear los correspondientes conflictos responderá probablemente a su estrategia de negocio y política comercial, pero no justifica la bondad del modelo propuesto por los operadores de acceso.

Inclusión de diferentes partidas de costes

Alterna se muestra disconforme con que se tengan en cuenta los costes que cada empresa es libre de asumir para el desarrollo de la actividad que le es propia (tasa de operadores, marketing, atención al cliente, I+D, etc.). Sin perjuicio de la libertad que cada empresa tiene para elegir su modelo de negocio, alguno de los costes que señala Alterna no depende de la libre elección del operador, sino que vienen impuestos por la normativa como por ejemplo el servicio de atención al cliente o la tasa de operadores. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que aquéllos que suponen un diferencial sobre un SMS convencional deben incluirse en el cálculo los costes de red derivados de las plataformas específicas de los SMS Premium, así como los costes diferenciales de atención al cliente y subvención de terminales, el resto se entienden incluido en el precio nominal del mensaje.

Alegaciones sobre importes: segundo mensaje usuario-red y SMS Premium de tarifas superiores e inferiores

Alterna no está de acuerdo con que para los SMS de precios superiores se establezca un importe de 0,15 € por el segundo mensaje que tiene que mandar el usuario confirmando o rechazando el servicio, sino que el importe debería ser de 0,06 €. Se basa Alterna en que la Orden ITC/308/2008 prohíbe que se cargue al usuario cantidad adicional alguna por los mensajes de invocación, confirmación o rechazo. Alterna está confundiendo el precio mayorista con el minorista. La Orden no entra a delimitar los



importes que a nivel mayorista han de pagarse entre los operadores por estos conceptos. A nivel minorista, el operador de acceso no puede cobrar al usuario final el precio del servicio SMS Premium y añadir el del SMS de invocación, confirmación, etc. Sin embargo, a nivel mayorista la aplicación del sistema de precio unitario por servicio implica necesariamente que se cobre por cada servicio que se presta. Esta Comisión considera que para el cálculo de las cantidades a abonar entre el operador de acceso y el proveedor de servicios SMS Premium puede estimarse el importe de cada mensaje que envíe el abonado en 0,15 €, ya sea en el momento inicial, ya sea con posterioridad.

En opinión de FTE y TME, el número de SMS Premium de importe superior a 1,2 € es muy residual. TME subraya que los SMS Premium de tarifas superiores constituyen un negocio ajeno al esquema de Alterna por lo que deberían dejarse fuera de la negociación de un conflicto con este operador. Esta Comisión considera que, si bien es cierto que el negocio de Alterna se desarrolla en su mayor parte en los mensajes de precio inferior a 1,2 €, este valor es irrelevante a los efectos de fijar un precio unitario por un servicio mayorista como quedó perfectamente claro en la resolución de 22 de julio de 2010.

Vodafone y Alterna han puesto de manifiesto en sus alegaciones que el importe de 0,40 € propuesto en el informe de audiencia imposibilita servicios con un precio para el usuario de 0,15 ó 0,30 €. Esta Comisión ya puso de manifiesto en la Resolución de 22 de julio de 2010 que precisamente ésta era una de las desventajas de no asumir el modelo de *revenue sharing*. Es más, incluso aceptando los precios propuestos por Alterna, 0,23 € se estaría en una situación similar.

Modificaciones de precios de bandas bajas

Ante la posibilidad de que en un futuro se eleven los importes máximos asociados a los rangos inferiores de numeración SMS Premium, los operadores de acceso se quejan de que este incremento del umbral de los precios de los SMS Premium sin opción desde 1,2 € a 1,5 € modificará de manera sustancial las condiciones entre las partes puesto que es probable que se produzca una migración del precio de los servicios hacia la banda más alta. FTE indica que en ese caso probablemente se reducirá el número de SMS Premium, pues ésta ha sido la tendencia del mercado en el último año, lo que, si se establece un sistema de precio unitario, se traducirá en un mantenimiento de los ingresos de los proveedores de servicios SMS Premium por la subida del precio final y una reducción importante de los operadores de acceso.

Es posible que la evolución a corto plazo de los servicios de SMS Premium vaya en la dirección que apunta FTE dentro de la situación económica actual. Lo que este operador no toma en consideración es que la actividad que le corresponde desarrollar no va a tener diferencias significativas en la gestión de los mensajes de 1,2 € y los de 1,5 € por lo que es lógico que a igual número de mensajes y por tanto similar actividad, reciba la misma remuneración. Si el número de mensajes se reduce, su actividad también y en esa proporción sus ingresos. FTE señala que tendrá mayores costes por insolvencias (aunque se las traslada a Alterna), por atención al cliente (que ha sido tenida en cuenta en esta Resolución y que comparte con el proveedor de servicios SMS Premium) y de fidelización (que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha considerado repercutible a Alterna). Por estas razones, no se ha tomado en consideración futuras variaciones de los precios.



Modificaciones en las plataformas

Vodafone critica la imposición de un precio unitario porque exige un mayor desembolso para los operadores de acceso que deberían cambiar las plataformas a través de las que prestan el servicio. Frente a esta alegación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que el cambio en la estructura de los precios mayoristas como fruto de decisiones regulatorias o relativas a resolución de conflictos como en el presente caso, no puede suponer un coste adicional para el operador que utiliza dicho servicio mayorista, de hecho existen precedentes de cambio de modelos tarifarios mayorista cuyos costes no han sido repercutidos al resto de los operadores¹⁹.

Repercusión de impagos entre los operadores

Una cuestión conexas a la determinación de los importes de los servicios mayoristas de conexión a las redes móviles es qué parte del precio final debe asumir Alterna en concepto de impago. En relación con esta cuestión, EUSKALTEL solicita, en su escrito de 22 de diciembre de 2010 que la Comisión se pronuncie expresamente sobre si en los precios que se señalan se incluyen los eventuales impagos de los clientes finales del servicio o si dichos impagos resultan repercutibles a Alterna, cuestión que ya ha sido resuelta considerando que los impagos sí se repercuten a Alterna por lo que se ha excluido la parte de costes relativa a impagos del cálculo del precio final. Asimismo, el operador pide que se aclare si en el caso que se trasladen a Alterna se puede repercutir por el total del impago o sólo la parte del mismo correspondiente al contenido.

La Audiencia Nacional en diversas Sentencias²⁰ relativas a los servicios de tarificación adicional de voz distingue dos conceptos dentro del precio que paga el usuario final por estos servicios: (i) el servicio telefónico soporte que incluye el servicio de red de tarificación adicional; (ii) la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio de valor añadido (información, entretenimiento u otro). Ambos elementos deben aparecer desglosados en la factura que el operador de acceso le presente al cliente de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Orden PRE/361/2002²¹.

La Audiencia Nacional afirma que *“tal desglose tiene como finalidad permitir al abonado hacer frente al pago separado, de una parte, de lo correspondiente a la factura de Telefónica que va destinada a la retribución de los operadores y, de otra parte, de la componente de tarificación adicional que retribuye el servicio del valor añadido ofrecido al usuario llamado”*. En consecuencia, considera el tribunal que al operador de acceso le asiste el derecho a que se le restituya el importe correspondiente a las devoluciones que ha efectuado a los usuarios llamantes de la componente de tarificación adicional de las llamadas realizadas por éstos a los números de tarificación adicional, excluida la componente correspondiente al servicio soporte, y al de la facturación y gestión de cobros.

¹⁹ Por ejemplo, las tarifas de terminación de móvil sufrieron una modificación en su estructura de facturación al fijarse un precio nominal único en la última revisión Mercado 7, eliminando la posibilidad de fijar precios diferenciados por franjas horarias.

²⁰ Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2010 relativa al recurso presentado por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de febrero de 2008 del conflicto de interconexión planteado por TESAU contra TELE2 sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados que efectúan llamadas de tarificación adicional (RO 2006-1365).

²¹ Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional.



En el caso de los SMS Premium, el apartado 5º del artículo 10 de la Orden ITC/308/2008²² establece que:

“Tal y como establece el apartado octavo de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, la disconformidad o desacuerdo del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico, ni del servicio general de mensajes, si el abonado paga el importe correspondiente a cada uno de ellos.

Consecuentemente, el 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 el 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, ello sin perjuicio del derecho del abonado a recibir una facturación no desglosada cuando así lo solicite.”

Siguiendo el criterio recogido por la Audiencia Nacional para los servicios de tarificación adicional de voz, el operador de acceso podrá repercutir al proveedor de servicios SMS Premium la parte correspondiente a la tarificación adicional no pudiendo trasladar el impago correspondiente al mensaje soporte cuyo importe se fija en la presente Resolución.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

²² 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.



RESUELVE

Primero. Obligar al operador Euskaltel, S.A. a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos:

- Por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna Project Marketing, S.L. **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.
- Por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.

Segundo. Obligar al operador France Telecom España, S.A. a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos:

- Por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna Project Marketing, S.L. **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.
- Por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.

Tercero. Obligar al operador Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos:

- Por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna Project Marketing, S.L. **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.
- Por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.

Cuarto. Obligar al operador Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos:

- Por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna Project Marketing, S.L. **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.
- Por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.



Quinto. Obligar al operador Xfera Móviles, S. A. a ofrecer a Alterna Project Marketing, S.L. sus servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a partir del día 1 de octubre de 2010 a los siguientes precios máximos:

- Por cada mensaje remitido por el usuario hacia la numeración SMS Premium de Alterna Project Marketing, S.L. **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.
- Por cada mensaje remitido por el Alterna Project Marketing, S.L. hacia el usuario **CONFIDENCIAL []** céntimos de Euro.

Sexto. Las partes deberán firmar los correspondientes acuerdos de acceso en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento y comunicar los precios acordados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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 contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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