

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L. CONTRA NETSIZE ESPAÑA, S.L. POR EL QUE SOLICITA LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO DE AGREGADOR DE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL BASADOS EN EL ENVÍO DE MENSAJES DE TEXTO

CFT/D TSA/047/17/ MONSAN vs NETSIZE SUSPENSIÓN SMS PREMIUM

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Barcelona, a 28 de junio de 2018

Finalizada la instrucción del procedimiento administrativo con nº CFT/D TSA/047/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de presentación de conflicto por parte de Aplicacions de Servei Monsan, S.L.

Con fecha 8 de noviembre de 2017, se recibió en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Aplicacions de Servei Monsan, S.L. (Monsan) mediante el que solicitaba la apertura de un conflicto de interconexión frente a Netsize España, S.L. (Netsize) y la imposición de medidas cautelares para la apertura de un determinado número hasta la resolución del conflicto¹.

¹ Monsan pidió que se siguiera ofreciendo el servicio para el número 28018 que iba a utilizar una ONG en su campaña de Navidad.

SEGUNDO.- Notificación a las partes del inicio del procedimiento y requerimientos de información

Con fecha 10 de noviembre de 2017, se comunicó a los interesados la apertura del presente procedimiento y se les requirió determinada información sobre las medidas cautelares solicitadas por Monsan.

TERCERO.- Declaración de confidencialidad del escrito de Monsan

Mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2017, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) declaró confidenciales determinados datos y documentos aportados por Monsan en el escrito en el que planteaba el conflicto.

CUARTO.- Desistimiento de las medidas cautelares y respuesta de Monsan al requerimiento de información

Con fechas 16 y 17 de noviembre de 2017, se recibieron dos escritos remitidos por Monsan mediante los cuales daba contestación al requerimiento de información formulado en fecha 10 de noviembre de 2017 y desistía de su solicitud de medidas cautelares.

QUINTO.- Segundo requerimiento de información a Monsan y Netsize

Con fecha 24 de noviembre de 2017, tuvieron salida del registro de la CNMC dos escritos remitidos a Monsan y Netsize, respectivamente, mediante los que se requería determinada información necesaria para continuar con la tramitación del procedimiento.

SEXTO.- Solicitud de aclaración remitida por Netsize

Con fecha 15 de diciembre de 2017, se recibió un escrito de Netsize en el que se solicitaba una aclaración a la CNMC sobre las medidas cautelares solicitadas por Monsan y lo solicitado en el Antecedente Segundo.

SÉPTIMO.- Contestación a la solicitud de aclaración remitida por Netsize.

Mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2017, la DTSA remitió escrito aclarando las cuestiones planteadas por la empresa Netsize a las que hace referencia el Antecedente anterior.

OCTAVO.- Contestación por parte de Netsize al requerimiento de información

Con fecha 22 de diciembre de 2017, se presentó en el registro de la CNMC el escrito de Netsize contestando a los requerimientos citados en los Antecedentes

Segundo y Quinto y solicitando la declaración de confidencialidad de determinadas partes del escrito y los anexos remitidos.

NOVENO.- Declaración de confidencialidad del escrito de Netsize

Con fecha 25 de enero de 2018, la DTSA declaró confidenciales determinados datos y documentos aportados por Netsize en el escrito mediante el que daba contestación al requerimiento de información citado en el apartado anterior.

DÉCIMO.- Trámite de audiencia

El 14 de mayo de 2018, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a los interesados el informe de la DTSA de la CNMC emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles un plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones de Netsize al trámite de audiencia

El 30 de mayo de 2018 Netsize presentó escrito de alegaciones al trámite de audiencia manifestando su conformidad con las conclusiones del informe anterior.

Monsan no ha formulado alegaciones al trámite de audiencia.

DUODÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

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

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto analizar la razonabilidad de la suspensión y posterior interrupción del servicio de acceso prestado por Netsize a Monsan a través del contrato denominado “*Términos y Condiciones Generales de Mensajería y Pago de Netsize*”, y la consecuente resolución del contrato suscrito entre ambos operadores. Como se analiza posteriormente, en virtud de este contrato, Netsize presta un servicio de agregador para permitir el

encaminamiento de los SMS Premium de Monsan hacia los usuarios finales del servicio.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorga a la CNMC competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus artículos 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g).

Así, el artículo 12.5 de la LGTel establece que la CNMC 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 señalados en el artículo 3 del mismo texto legal, entre los que se incluyen los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos. (...)

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad e interoperabilidad extremo a extremo de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación. (...)

j) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad.”

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC, este organismo es competente para conocer los conflictos que se planteen entre los operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por ello, de conformidad con los preceptos citados y, de forma adicional, en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre las relaciones entre los operadores interesados en el conflicto

Como se indicó en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de 22 de julio de 2010², el servicio SMS Premium es un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el cual se permite remitir 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.

Los principales agentes que intervienen en la prestación de los servicios SMS Premium son los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios SMS Premium, los operadores de acceso y los agregadores³, que a continuación pasan a describirse:

- I. Proveedor de contenidos: aquel que dispone de los contenidos solicitados por los usuarios finales. Al tratarse de contenidos, esta actividad no requiere estar inscrito en el Registro de Operadores. Por ejemplo, un proveedor de contenidos es una productora de televisión que realiza un programa al que se pueden enviar SMS Premium con comentarios.

- II. Operador de almacenamiento y reenvío de mensajes o proveedor de servicios SMS Premium: titular de los recursos de numeración y el encargado de proporcionar la conexión directa –en ocasiones a través de un agregador- a los proveedores de contenidos con cada uno de los centros de servicio de mensajes cortos (SMSC) de las redes públicas de telefonía móvil de los distintos operadores.

Para ofrecer sus servicios a los usuarios que son clientes de un operador móvil concreto, estas entidades necesitan llegar a un acuerdo de acceso con el citado operador. Al tener asignada numeración, son operadores de comunicaciones electrónicas y están inscritos en el Registro de Operadores que gestiona transitoriamente esta Comisión⁴.

² Resolución de 22 de julio de 2010 del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., 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).

³ Véase también la Resolución de 28 de julio de 2016, del conflicto de acceso interpuesto por Alterna Project Marketing, S.L. y Eurojuego Star, S.A. contra Orange España Virtual, S.L. en relación con la suspensión de la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes de texto (CFT/DTSA/001/15).

⁴ De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria décima de la LGTel, las funciones que eran competencia de esta Comisión y que, conforme a la LGTel, se atribuyen al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital –actualmente, Ministerio de Economía y Empresa de conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 7 de junio, por el que se reestructuran

En la relación existente entre los operadores interesados en el presente conflicto, Monsan es el operador de almacenamiento y reenvío de mensajes.

- III. Operador de la plataforma de SMS Premium también llamado agregador: operador intermediario que presta servicios de plataforma tecnológica para la gestión del envío y recepción de mensajes SMS Premium. Se trata de una figura intermedia que facilita la gestión técnica del envío y recepción de los SMS Premium entre el operador de acceso y el operador de almacenamiento y reenvío.

Netsize es el agregador en el caso que se está examinando en este procedimiento.

- IV. Operador de acceso⁵: operador que dispone, bien directa o indirectamente, de los elementos de red necesarios para la provisión al usuario final -cliente suyo del servicio telefónico móvil- del acceso al servicio de mensajes⁶ y que es responsable, asimismo, de la facturación y cobro de los servicios prestados. Este operador es el encargado de encaminar los mensajes a la numeración asignada al proveedor de servicios SMS Premium en la plataforma de éste, para que el proveedor pueda prestar el servicio solicitado por el usuario final del operador móvil.

los departamentos ministeriales-, las continuará desempeñando esta Comisión hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que el citado texto legal atribuye a dicho Ministerio.

⁵ En el dibujo los operadores de acceso son los denominados “Operador A”, “Operador B”, “Operador C” y “OMV Full”.

⁶ Frente al abonado, el operador de acceso es el que se encarga de la provisión del servicio en su totalidad, pero éste puede prestar el servicio íntegramente a través de medios o elementos de red propios o bien subcontratando el uso de parte o todos los elementos de red a un tercero. Según la parte de red propia o de red subcontratada que tenga el operador de acceso, nos encontraremos con tres figuras: operador móvil de red, OMV completo u OMV prestador de servicio.

Figura 1: relación de los intervinientes en la cadena de SMS Premium



SEGUNDO.- Análisis y valoración de las cuestiones planteadas en el conflicto

La relación contractual entre Netsize y Monsan tiene dos facetas, una pública, en la que la intervención de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, dirigida a la protección del interés general, estaría justificada, y otra privada, relativa a los intereses de los intervinientes en esta cadena de valor que corresponde componer a las partes y dirimir ante la jurisdicción ordinaria en caso de controversia.

La LGTel establece, en su artículo 3, letras c), f) y j), la conectividad y la interoperabilidad de los servicios extremo a extremo, como objetivos a promover con el fin de que los usuarios finales puedan tener un acceso lo más amplio posible a servicios de comunicaciones electrónicas de su elección, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Los servicios SMS Premium se regulan específicamente en la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero⁷, y también se hallan sujetos a la LGTel en lo que resulte de aplicación, con carácter general. El artículo 5.7 de la citada Orden establece la obligación de los operadores de servicios SMS Premium “de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes”. Esta obligación recae sobre los titulares de los números identificados para la prestación de servicios de tarificación adicional, en el presente supuesto, Monsan.

⁷ 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.

Netsize actúa como agregador o intermediario entre el operador de acceso y Monsan, proveedor de contenidos para servicios SMS Premium⁸. El servicio de acceso mayorista prestado como agregador se halla sujeto a la LGTel y normativa de desarrollo –en los aspectos correspondientes-. Esta Ley establece la obligación de negociar la interconexión y obligaciones de interoperabilidad con el objeto de garantizar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, pero no establece la obligación de mantener un servicio como el analizado, de plataforma técnica de agregación, bajo cualquier circunstancia.

El principio de interoperabilidad, dirigido a garantizar que los servicios de comunicaciones electrónicas sean accesibles por cualquier usuario, afecta principalmente al operador de almacenamiento y reenvío y al operador de acceso de los usuarios finales, agentes que se sitúan en los extremos de la cadena de comunicación. La figura de agregador, que en el presente conflicto corresponde a Netsize, es un mero operador de tránsito que permite a los usuarios intercambiar mensajes con los operadores de almacenamiento y reenvío. Netsize puede ser sustituido por cualquier otro agregador sin que ello afecte a la comunicación extremo a extremo del servicio o a su recepción por los usuarios finales⁹.

Por otra parte, ni se ha definido el mercado afectado como mercado con problemas de competencia, ni se han impuesto obligaciones específicas de acceso a un operador determinado con poder significativo de mercado. En consecuencia, desde una perspectiva puramente regulatoria no se pueden imponer obligaciones de apertura al agregador, más aún si se tiene en cuenta que existen alternativas en el mercado para prestar ese servicio, que permiten asegurar su conectividad a través de otros prestadores de este servicio.

En el caso conocido en el presente conflicto, Netsize procedió a la suspensión del servicio de acceso con fecha 11 de diciembre de 2017¹⁰, y a la posterior resolución definitiva del contrato suscrito con Monsan, sobre la base del conocimiento de una investigación relacionada con el uso irregular de SMS Premium asignados a este último operador. Como consecuencia de la interrupción en la prestación del servicio, Monsan solicitó a la CNMC que se obligara a Netsize a continuar prestando el servicio que venía realizando.

Al no tener Netsize la obligación *ex lege* de ofrecer este servicio a los operadores de SMS Premium, la relación jurídica entre las dos partes interesadas en el presente procedimiento corresponde principalmente a su esfera jurídico-privada

⁸ Monsan es asignatario de la numeración SMS Premium, pero no siempre es el que elabora los contenidos que se gestionan a través de ella. En esos casos, actúa como lo que él denomina “agregador tecnológico”. Así, por ejemplo, en su momento tenía asignado el número que utilizaba la ONG Intermon Oxfam como medio de captación de fondos.

⁹ Distinto sería si el operador de acceso de los usuarios finales no abriera su red a este tipo de servicios, pues en ese caso sería imposible para estos últimos recibir los SMS Premium.

¹⁰ La decisión de suspender el contrato se notificó a Monsan con fecha 27 de octubre de 2017.

y se registrará por su contrato. De esta manera, serán las determinaciones del contrato las que fijen las condiciones en las que debe ejecutarse la suspensión del servicio. Únicamente la presencia de razones de carácter jurídico-público, es decir, de motivos que justifiquen la necesidad de salvaguarda de un interés general, llevarían a aceptar la solicitud de Monsan e imponer a Netsize la obligación de ofrecer un servicio de agregador de SMS Premium.

Esta intervención ha sido analizada anteriormente por la jurisprudencia. Por todas, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008¹¹:

“Sólo en el caso que su salvaguarda tuviera por finalidad amparar alguno de los intereses generales a los que ya nos hemos referido (estimular la competencia en el sector, proteger los derechos de los usuarios, mantener la integridad de la red pública de Telecomunicaciones, etc.) podría estar justificada la medida adoptada de dejar en suspenso la autorización de rescisión del AGI y de la desconexión de la red”¹².

En consecuencia, esta Sala considera que no existe una obligación de prestar el servicio de agregador parte de Netsize y que no concurren razones de carácter jurídico-público que aconsejen obligar a la continuación del servicio a este operador, pudiendo Monsan contratar a cualquier otro agregador en el mercado –en este sentido, Monsan no ha justificado la falta de sustituibilidad de este operador-¹³.

Por último, es relevante señalar que Netsize comunicó que dejaba de comercializar el servicio de agregador en 2018, no sólo a Monsan sino a cualquier otro operador prestador de servicios SMS Premium.

En conclusión, en virtud del análisis llevado a cabo anteriormente, se considera que no existen razones regulatorias que justifiquen imponer a Netsize la obligación de mantener el servicio de agregador para SMS Premium a Monsan.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008 que casa parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2004 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica España, SAU contra una Resolución del Consejo de la CMT de 21 de noviembre de 2002, dictada en el conflicto de interconexión de solicitud de autorización para resolver el vigente acuerdo general de interconexión con «Redes y Servicios Liberalizados, SA» por impago de los servicios de interconexión previamente consumidos y para desconectar ambas redes (Recurso número 1535/2005).

¹² El servicio analizado es diferente, pero la intervención del regulador para dejar en suspenso una rescisión de un acuerdo y supervisar la continuidad o no en la prestación de un servicio mayorista ha de analizarse de forma similar.

¹³ Recientemente la Sala de Supervisión Regulatoria se ha pronunciado en un sentido similar (para un servicio mayorista distinto) al considerar ajustado a derecho que un operador cesara en la prestación de un servicio sobre el que no le pesaba una obligación por carecer el operador de poder significativo de mercado y para el que había otros prestadores con los que la otra parte podía contratar (Resolución de 5 de abril de 2018, del conflicto presentado por Least Cost Routing Telecom, S.L. contra Soluciones y Sistemas Telemáticos Empresariales, S.L. por el que solicita la autorización para cesar en la prestación de servicios mayoristas y resolver el contrato suscrito entre ambos -CFT/DTSA/041/17-).

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el conflicto formulado por Aplicacions de Servei Monsan, S.L. por el que solicita que se imponga a Netsize España, S.L. la obligación de mantener el servicio de agregador en relación con su servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes de texto SMS Premium.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.