

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO, POR DESISTIMIENTO DEL SOLICITANTE, EL PROCEDIMIENTO RELATIVO AL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. Y EUROJUEGO STAR, S.A. CONTRA ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L., EN EL QUE SE SOLICITA LA FIJACIÓN DE CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL BASADOS EN EL ENVÍO DE MENSAJES DE TEXTO

CFT/DTSA/013/17/ALTERNA Y EUROJUEGO vs SIMYO APERTURA SMS PREMIUM

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 12 de julio de 2018

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente relativo al conflicto de acceso con nº CFT/DTSA/013/17, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución adoptada en el conflicto CFT/DTSA/001/15

Con fecha 28 de julio de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictó Resolución en el seno del conflicto presentado por Alterna Project Marketing, S.L. (Alterna) y Eurojuego Star, S.A. (Eurojuego) frente a Orange España Virtual, S.L., sociedad unipersonal (Simyo), por la interrupción de la conexión en su red del tráfico hacia varios números cortos para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (en adelante, SMS Premium) de los que Alterna y Eurojuego son

asignatarios (en adelante, Resolución de 28 de julio de 2016)¹. Dicha resolución se pronunció en los siguientes términos:

“RESUELVE

PRIMERO.- *Orange España Virtual, S.L. y Orange Espagne, S.A. deberán, en el plazo máximo de un mes a partir de la notificación de la Resolución, negociar las condiciones para la configuración de una solución técnica y económicamente razonable que habilite al primero para la prestación a sus abonados de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, notificando a esta Comisión dentro del mismo plazo el contrato suscrito o, en su caso, los motivos de la falta de acuerdo.*

SEGUNDO.- *Orange España Virtual, S.L. negociará, en el plazo de 15 días desde la firma del contrato al que se refiere el Resuelve Primero, sendos acuerdos con Alterna Project Marketing, S.L. y Eurojuego Star, S.A. para abrir en su red el servicio de tarificación adicional basado en el envío de mensajes”.*

SEGUNDO.- Actuaciones posteriores a la resolución del conflicto CFT/DTSA/001/15

Con fecha 14 de septiembre de 2016, se recibió en el registro de la CNMC un escrito de Simyo en el que, en cumplimiento de la mencionada resolución, remitía a la CNMC el resultado de las negociaciones mantenidas con Orange Espagne, S.A. (Orange) y explicaba los motivos por los que le resultaba inviable implementar una solución económicamente razonable para la prestación de los servicios SMS Premium con Alterna y Eurojuego.

A dicho escrito se acompañaban siete anexos que contenían, entre otros, varios presupuestos de proveedores (que Simyo había solicitado) y una oferta comercial para el desarrollo de una solución informática que habilite la prestación de servicios de SMS Premium a través de la plataforma que Orange utiliza para dar servicios de SMS a sus operadores móviles virtuales prestadores de servicio (OMV PS) y a Simyo².

TERCERO.- Presentación de nuevo conflicto por parte de Alterna y Eurojuego

Con fecha 28 de febrero de 2017, se recibieron en el registro de la CNMC dos escritos de Alterna y Eurojuego, mediante los que planteaban varias solicitudes y, entre ellas, la apertura de nuevos conflictos de acceso frente a Simyo, por no

¹ Expediente número CFT/DTSA/001/15

² Orange tiene operativa una plataforma –denominada plataforma multiVAS, para la gestión de los SMS. De esta plataforma dependen a nivel lógico otras dos sub-plataformas, una para el control y facturación de los servicios SMS de sus clientes y otra para los de los OMV PS alojados en su red -en la que ahora también se encuentra Simyo, a pesar de ser OMV Completo-.

haber alcanzado un acuerdo para la apertura de la conexión en sus redes para el encaminamiento del tráfico hacia los números cortos de los que Alterna y Eurojuego son asignatarios y mediante los que prestan servicios SMS Premium. El conflicto se interpone al amparo del apartado segundo de la Resolución de 28 de julio de 2016 (ver Antecedente Primero).

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

Mediante escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de 30 de marzo de 2017, se comunicó a Alterna, Eurojuego, Simyo y Orange que había quedado iniciado un procedimiento único de conflicto para tratar las solicitudes (idénticas) de Alterna y Eurojuego y se formularon requerimientos de información a todos los interesados en el procedimiento.

QUINTO.- Solicitud de información a la SESIAD

Con fecha 6 de abril de 2017, se remitió una solicitud de información a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y Agenda Digital (en adelante, SESIAD), dependiente del Ministerio de Economía y Empresa³, en relación, entre otros aspectos, con la existencia de quejas interpuestas por los usuarios finales y asociaciones por la imposibilidad de acceder a SMS Premium desde las redes de los operadores móviles –y, en particular, de usuarios finales de Simyo–.

SEXTO.- Respuestas de Alterna, Eurojuego y Orange a los requerimientos de información

Con fecha 12 de abril de 2017, se recibieron tres escritos remitidos por Alterna, Eurojuego y Orange mediante los cuales, respectivamente, daban contestación a los requerimientos de información formulados por esta Comisión.

SÉPTIMO.- Respuesta de Simyo al requerimiento de información

Con fecha 26 de abril de 2017, se recibió un escrito remitido por Simyo en el que se daba contestación al requerimiento de información de 30 de marzo de 2017.

OCTAVO.- Respuesta de la SESIAD a la solicitud de información

Con fecha 15 de mayo de 2017, se recibió un escrito de la SESIAD en el que daba contestación a la solicitud de información anterior (Antecedente Quinto).

³ De acuerdo con el Real Decreto 355/2018, de 7 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, la SESIAD ha pasado a estar integrada en este Ministerio.

NOVENO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fecha 14 de junio de 2017, la DTSA declaró confidenciales determinados datos y documentos aportados por los operadores a lo largo de la tramitación del presente procedimiento.

DÉCIMO.-Requerimientos de información a los interesados

Mediante escritos de la DTSA de 10 de agosto de 2017, se requirió a Alterna, Eurojuego y Simyo determinada información adicional, necesaria para la instrucción y resolución del presente expediente.

UNDÉCIMO.- Contestación a los requerimientos de información

Con fechas 14 y 15 de septiembre de 2017, se recibieron los escritos de Alterna, Eurojuego y Simyo contestando a los requerimientos citados en el apartado anterior. Este último reiteró la presentación del mismo escrito con fecha 27 de septiembre de 2017, debido a problemas con la firma digital del anterior escrito.

DUODÉCIMO.- Nuevas alegaciones de Alterna y Eurojuego

Con fecha 8 de noviembre de 2017, se recibió un nuevo escrito de Alterna y Eurojuego en el que ponen de manifiesto que, como consecuencia de la imposibilidad de acceso de los usuarios de Simyo a su numeración, han incluido en las bases de participación de programas y concursos *“el detalle de las operadoras que prestan el servicio de SMS Premium y detalle de las que no tienen habilitado el servicio”*. Dentro de estas últimas, se encuentra Simyo. Por otro lado, en dicho escrito ambas empresas inciden en los problemas existentes por imposibilidad de acceso a los números *“benéficos”*, para donaciones.

DECIMOTERCERO.- Trámite de audiencia y acceso al expediente

El 17 de noviembre de 2017, 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 remitió a los interesados el informe de la DTSA emitido en el trámite de audiencia, tras la instrucción del expediente, otorgándoles el debido plazo (10 días) para que efectuaran las alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

DECIMOCUARTO.- Alegaciones en el trámite de audiencia

Mediante escritos de fecha 1 de diciembre de 2017, Alterna, Eurojuego y Simyo presentaron escritos de alegaciones al informe de la DTSA. Orange no remitió escrito de alegaciones.

DECIMOQUINTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante acuerdo de la DTSA, de fecha 11 de diciembre de 2017, se procedió a declarar confidencial frente a terceros determinada información remitida por Simyo en el escrito citado en el antecedente anterior.

DECIMOSEXTO.- Solicitud de acceso a las alegaciones de Simyo

Con fecha 18 de diciembre de 2017, Alterna y Eurojuego solicitaron copia del escrito de alegaciones de Simyo.

DECIMOSÉPTIMO.- Traslado de las alegaciones de Simyo a Alterna y Eurojuego y requerimiento de algunos datos

Con fecha 12 de enero de 2018, se dio traslado a Alterna y Eurojuego de la versión no confidencial para ellos del escrito de alegaciones de Simyo al informe de audiencia de la DTSA y se les requirió información complementaria.

DECIMOCTAVO.- Nuevas alegaciones de Alterna y Eurojuego

Con fecha 19 de enero de 2018, se recibieron sendos escritos en los que Alterna y Eurojuego contestaban al requerimiento anterior.

DECIMONOVENO.- Nuevas alegaciones de Simyo

Con fecha 30 de enero de 2018, se recibieron alegaciones adicionales de Simyo en las que aporta datos sobre los tráficos de SMS Premium en la red de Orange.

VIGÉSIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante acuerdo de 1 de febrero de 2018, se procedió a declarar confidencial frente a terceros determinada información remitida por Alterna, Eurojuego y Simyo en los escritos aportados en el mes de enero de 2018.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Acceso al expediente de Simyo

Con fecha 7 de febrero de 2018, Simyo solicitó acceso al expediente completo. El día 20 del mismo mes y año, se dio traslado a Simyo de la documentación obrante en el expediente a la que no había accedido durante la tramitación del procedimiento.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Nuevo trámite de audiencia y acceso al expediente

A la vista de las alegaciones recibidas, la DTSA decidió introducir una serie de cambios en su propuesta de Resolución, que aconsejaban su traslado a las

partes interesadas para que pudieran aportar las consideraciones que estimaran oportunas.

En consecuencia, el 12 de abril de 2018, de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se remitió a los interesados un nuevo informe de la DTSA, otorgándoles el debido plazo (10 días) para que efectuaran las alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

VIGÉSIMO TERCERO.- Alegaciones en el trámite de audiencia

Mediante escritos de fecha 26 de abril de 2018, Alterna, Eurojuego y Simyo presentaron escritos de alegaciones al informe de la DTSA.

VIGÉSIMO CUARTO.- Rectificación del escrito de alegaciones de Simyo

Mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2018, Simyo presentó un escrito en el que rectificaba alguno de los datos aportados con fecha 26 de abril de 2018, junto a sus alegaciones al segundo informe de audiencia.

VIGÉSIMO QUINTO.- Solicitud de acceso al expediente

Mediante escritos de fecha 9 y 10 de mayo de 2018, Alterna y Eurojuego, por un lado, y Simyo, por otro, respectivamente, solicitaron acceso al expediente.

VIGÉSIMO SEXTO.- Acceso al expediente de los interesados

Con fecha 18 de mayo de 2018, se dio traslado a los interesados de la versión no confidencial para ellos de los escritos obrantes en el expediente a los que no se les había dado acceso con anterioridad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Desistimiento de los solicitantes

Con fecha 22 de junio de 2018, Alterna y Eurojuego remitieron sendos escritos en los que comunicaban a esta Comisión su voluntad de desistir de su solicitud en el conflicto interpuesto frente a Simyo, requiriendo el archivo del expediente.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Traslado del escrito de desistimiento a Simyo y Orange

Con fecha 25 de junio de 2018, se procedió a dar traslado de los escritos de desistimiento de Alterna y Eurojuego a Simyo y Orange, a fin de que estos operadores formularan las observaciones que, en su caso, consideraran oportunas, y en particular indicasen su posible interés en la continuación del procedimiento, en el plazo de diez días previsto en el artículo 94.4 de la LPAC.

VIGÉSIMO NOVENO.- Conformidad con el desistimiento por parte de Simyo y Orange

Con fecha 29 de junio de 2018, Simyo remitió un escrito en el que manifiesta su aceptación de los desistimientos efectuados por Alterna y Eurojuego y solicita que se declare la desaparición sobrevenida del objeto del conflicto.

Transcurrido el plazo de diez días otorgado, Orange no ha manifestado su oposición a la finalización del presente procedimiento ni ha formulado alegaciones al respecto.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 esta Comisión 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, esta Comisión 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 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.

SEGUNDO.- Desistimiento del solicitante

La LPAC contempla, en su artículo 84 como uno de los modos de terminación del procedimiento, el desistimiento de su solicitud por parte del interesado:

“Artículo 84. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad”.

El artículo 94 de la misma norma legal regula el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento por los interesados:

“Artículo 94. Desistimiento y renuncia por los interesados.

- 1. Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos.*
- 2. Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado.*
- 3. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia, siempre que incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.*
- 4. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia.*
- 5. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento”.*

Por su parte, el artículo 21 de la LPAC se refiere a la obligación de resolver de las Administraciones públicas en casos de desistimiento en los siguientes términos:

“Artículo 21. Obligación de resolver.

1.- La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. [...]”.

Del contenido de los preceptos citados se desprende que todo interesado podrá desistir de su solicitud. En el presente caso, según declaran, Alterna y Eurojuego, como solicitantes en el presente procedimiento, desisten porque se ha producido un cambio de circunstancias.

Dicho desistimiento ha de realizarse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 94.3 de la LPAC), requisito que cumplen los escritos presentados por Alterna y Eurojuego con fecha de entrada en el registro de esta Comisión el 22 de junio de 2018.

En consecuencia, tras dar por ejercido el derecho de desistimiento al que se refiere el artículo 94.1 de la citada LPAC por parte de Alterna y Eurojuego, y a la vista de que Simyo ha declarado su conformidad con dicho desistimiento, y de que, a tenor de lo deducido del procedimiento tramitado al efecto, no se da un interés general para su continuación –es un conflicto de acceso entre dos operadores, cuya solución no prejuzga ni afecta el interés general- ni se estima conveniente ni necesario sustanciar la cuestión objeto de aquel para su definición y esclarecimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha de aceptar el mismo, debiendo declarar concluso el procedimiento (artículo 94.4 de la LPAC).

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO. Aceptar el desistimiento presentado por Alterna Project Marketing, S.L. y Eurojuego Star, S.A. en el procedimiento de referencia y, en consecuencia, proceder a su finalización y al archivo del expediente, al no existir motivo alguno que justifique su continuación.

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.