RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO INTERPUESTO POR VODAFONE ESPAÑA, S.A.U CONTRA ORANGE ESPAGNE, S.A.U. POR LA UNIFICACIÓN DE LOS PRECIOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN DE SMS

CFT/DTSA/037/17/PRECIOS TERMINACIÓN SMS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
Dª. 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 26 de julio de 2018

Visto el expediente relativo al conflicto presentado por Vodafone España, S.A.U. contra Orange España, S.A.U. por los precios mayoristas de terminación de SMS establecidos entre Vodafone España, S.A.U., Vodafone Ono, S.A.U, Orange Espagne, S.A.U. y Jazz Telecom, S.A., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Escrito por el cual Vodafone solicita la intervención de la CNMC

Con fecha 14 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y Vodafone Ono, S.A.U (en adelante, Vodafone-ONO), en virtud del cual interponen un conflicto frente a Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, Orange) en relación a la actualización de los precios de terminación de SMS de Vodafone-ONO y Jazz Telecom, S.A. (en adelante, Jazztel), una vez que estos dos operadores fueron adquiridos por Vodafone y Orange el 23 de julio de 2014 y el 18 de agosto de 2015, respectivamente.

Vodafone expone que sus intentos de actualizar (i) los precios de los servicios mayoristas de terminación de SMS que se prestan mutuamente Vodafone y Jazztel y (ii) los precios de terminación de SMS entre Orange y Vodafone-ONO

no han fructificado y que, salvo intervención de la CNMC, no se conseguirá alcanzar un acuerdo. Según los acuerdos generales de interconexión (en adelante, AGI) firmados por Vodafone, Vodafone-ONO, Orange y Jazztel los precios de terminación de SMS son[1]:

- Vodafone y Orange: **[CONFIDENCIAL]** por SMS, desde agosto de 2013.
- Vodafone y Jazztel: **[CONFIDENCIAL]** por SMS, desde noviembre de 2008.
- Vodafone-ONO y Orange: **[CONFIDENCIAL]** por SMS, desde noviembre de 2007.

Vodafone solicita a la CNMC que fije un precio de **[CONFIDENCIAL]** para los SMS terminados entre los operadores mencionados. Adicionalmente, solicita que dicho precio se aplique desde el 18 de agosto de 2015, en el caso de Vodafone y Jazztel, y desde el 1 de octubre de 2015, en el caso de Vodafone-ONO y Orange.

SEGUNDO. Inicio de procedimiento

Mediante escrito de 19 de septiembre de 2017 de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión, se comunicó a Vodafone y Orange la apertura del presente procedimiento.

TERCERO. Escrito de Orange

Con fecha de 7 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Orange, por el que presentaba sus alegaciones al escrito de solicitud de intervención presentado por Vodafone.

CUARTO. Trámite de audiencia

El 26 de abril de 2018, y de conformidad con lo establecido 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 Vodafone y Orange el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

QUINTO. Respuestas al trámite de audiencia

[1] Vodafone-ONO y Jazztel no habían suscrito un AGI entre ellos.

Con fecha de 18 y 24 de mayo de 2018, tuvieron entrada en el registro de la CNMC escritos de Orange y Vodafone, respectivamente, con sus alegaciones al informe de audiencia comunicado el día 26 de abril de 2018.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO. Objeto del procedimiento

Vodafone plantea un conflicto de interconexión contra Orange por no haber alcanzado un acuerdo en la negociación de los precios de terminación de SMS entre (i) Vodafone y Jazztel y (ii) Orange y Vodafone-ONO. En virtud de esta solicitud, el objeto del presente procedimiento es valorar las propuestas de precios realizadas por las partes y, si resultara necesario, establecer los precios de terminación de SMS que regirán las relaciones comerciales bilaterales entre Vodafone y Orange conforme a los objetivos establecidos en el artículo 3 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

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

La 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 conformidad con los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, 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, correspondiendo las facultades de instrucción a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de conformidad con el artículo 25 de la LCNMC y el artículo 21 de su Estatuto Orgánico.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. Aspectos planteados por Vodafone y Orange

Aspectos planteados por Vodafone en su escrito de interposición del conflicto

En su escrito de solicitud, Vodafone argumenta que las operaciones de concentración acometidas en los últimos años por Orange, y también por ella misma, han hecho necesaria una actualización de los precios acordados entre ellos para el servicio de terminación de SMS. Por esta razón Vodafone contactó con Orange con el fin de: (i) unificar los precios de terminación de SMS de los operadores pertenecientes a los dos grupos y (ii) acordar una reducción del precio de terminación de SMS unificado.

Vodafone toma como referencia los argumentos contenidos en el informe de audiencia de la DTSA relativo al conflicto entre Telefónica Móviles y Vodafone (en adelante, Conflicto TME-Vodafone[2]) para proponer unas fechas de aplicación de los precios de terminación de SMS actualizados entre Vodafone y Jazztel y Orange y Vodafone-ONO. Las fechas de aplicación propuestas serían:

- A partir del 18 de agosto de 2015, fecha en que finalizó la adquisición de Jazztel por Orange, el precio de terminación de SMS entre Jazztel y Vodafone debería ser igual al precio entre Orange y Vodafone porque (i) Jazztel deja de tener autonomía con respecto a Orange para actuar y dirigir su estrategia comercial, lo que justificaría que estos dos operadores se calificaran como una sola unidad económica y (ii) por razones de costes ya que estos dos operadores compartirían los mismos elementos de red.

[2] Resolución de 14 de julio de 2016, en virtud de la cual se procede a declarar concluso el procedimiento relativo al Conflicto de Interconexión interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra Vodafone ONO, S.A,U. por los precios de terminación de SMS (expediente CFT/DTSA/011/15).

- A partir del 1 de octubre de 2015, fecha en la que finalizó la migración de los clientes de Vodafone-ONO desde Telefónica Móviles a Vodafone, el precio de terminación de SMS entre Vodafone-ONO y Orange debería ser igual al precio entre Orange y Vodafone porque se cumplirían los dos argumentos anteriores: (i) misma unidad económica y (ii) disponibilidad de los mismos elementos de red.

Vodafone no comparte los criterios utilizados por Orange para fijar los precios de la terminación de SMS y justificar el diferencial respecto a su OMV completo. En concreto, muestra su desacuerdo con que los precios se fijen "*en función de la pertenencia de los elementos de red que generan los eventos*" y afirma que la decisión de Orange de mantener funcionalmente separada la red de Jazztel de la suya (actuación que, según Vodafone, es ineficiente) no debería incidir sobre los operadores con los que mantiene acuerdos de interconexión.

Vodafone vuelve a subrayar que, a efectos prácticos, Orange y Jazztel son la misma empresa desde el 18 de agosto de 2015, convirtiéndose esta segunda en una simple marca comercial, lo que impediría que Jazztel tuviera acuerdos de interconexión con otros operadores.

Aspectos planteados por Orange en su escrito de 7 de noviembre de 2017

En sus alegaciones al escrito de solicitud presentado por Vodafone, Orange sostiene que la interposición de un conflicto de interconexión por parte de Vodafone carece de toda justificación; afirma que en ningún momento se ha visto impedida la interconexión de las redes de los dos operadores y tampoco se habrían cumplido los requisitos mínimos necesarios para que la CNMC intervenga modificando los términos del AGI vigente.

Para demostrar que no existe conflicto de interconexión, Orange aporta el Acta del Comité de Consolidación de Vodafone y Orange, firmado con fecha de 14 de diciembre de 2016 (en adelante, Acta de Consolidación de diciembre de 2016), por el cual ambas partes habrían acordado la unificación de los precios de terminación aplicables a los SMS terminados entre (i) Vodafone y Orange, (ii) Vodafone y Jazztel y (iii) Orange y Vodafone-ONO, a un precio de **[CONFIDENCIAL]** por SMS a partir del 1 de julio de 2016. Según Orange, el hecho de que Vodafone hubiera aceptado ese acuerdo probaría que las vías de negociación entre ambos operadores no se habrían agotado y, además, demostraría que Orange no se ha opuesto a la unificación de los precios, si no que sus objeciones han sido referidas a las fechas específicas escogidas por Vodafone.

Respecto a estas fechas, Orange critica la interpretación realizada por Vodafone sobre el informe de audiencia del Conflicto TME-Vodafone y destaca que el caso presente se diferencia sustancialmente del analizado en ese informe.

Orange concluye que no existe ningún conflicto de interconexión y solicita a la CNMC que desestime las alegaciones realizadas por Vodafone y que el procedimiento actual sea archivado.

SEGUNDO. Caracterización del servicio mayorista de terminación de SMS

La terminación de un SMS en una red telefónica móvil es un servicio mayorista prestado por un operador de red móvil a los demás operadores, en su mayoría móviles, aunque también fijos, para que éstos puedan completar los SMS que gestionan y que tienen como destino un abonado conectado a la citada red.

Inicialmente, el servicio de terminación de un SMS era prestado únicamente por los OMR verticalmente integrados que disponían de redes de acceso radio[3]. Sin embargo, tras la aprobación de la Resolución del Consejo de la CMT de 2 de febrero de 2006, por el que se aprobó la revisión del mercado 15[4], aparecieron los denominados operadores móviles virtuales completos (en adelante, OMV completos) que también pueden prestar este servicio. Ejemplos de esta clase de operadores son Vodafone-ONO y Jazztel, antes de que fueran adquiridos por Vodafone y Orange, respectivamente.

Los OMV completos son operadores que prestan servicios de comunicaciones móviles pero que no disponen de derechos de uso del espectro radioeléctrico. Ante esta limitación, los OMV completos acuden a los OMR, que sí disponen de los citados derechos, para utilizar los elementos relacionados con el acceso radio para así completar la prestación de sus servicios móviles.

Dicho de otra forma, el OMV completo es el encargado de proveer los servicios móviles de sus usuarios, utilizando para ello sus propios equipos de red y los equipos del OMR anfitrión con el que ha acordado el acceso radio. Al solo depender del OMR para el servicio de acceso radio, el OMV completo tiene autonomía para diseñar su catálogo comercial y relacionarse con los usuarios finales; en efecto, actúan de igual forma que un OMR y son los responsables de ofrecer el servicio mayorista de terminación de SMS de sus abonados (además de otros servicios mayoristas) y de establecer las condiciones económicas del mismo.

TERCERO. Entorno regulatorio

[3] Dichos operadores son los adjudicatarios de las licencias para la explotación del espectro radioeléctrico.

[4] Resolución de 4 de abril de 2017, por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas

Obligaciones regulatorias de carácter ex-ante

El servicio de terminación de SMS en redes móviles, a diferencia de la terminación de llamadas en dichas redes, no está sujeta a regulación ex ante. Por lo tanto, no existe obligación regulatoria de carácter ex-ante que establezca las condiciones bajo las que se ha de prestar este servicio mayorista.

Intervención de la CNMC en el marco de conflictos relativos a la terminación de SMS

Mediante Resolución de 14 de julio de 2016[5], la CNMC resolvió el conflicto TME-Vodafone. En su escrito de interposición del conflicto, Telefónica Móviles expone a la CNMC que ha intentado negociar de manera infructuosa la actualización de sus precios de terminación de SMS con respecto a Vodafone-ONO. El punto de desacuerdo giraba en torno a la fecha de unificación de los precios. Telefónica Móviles defendía que deberían unificarse tras la adquisición de Vodafone-ONO por Vodafone, es decir, el 1 de julio de 2015, mientras que Vodafone consideró que estos precios no tenían por qué igualarse.

En su informe de audiencia la DTSA identificaba dos condiciones para justificar la aplicación de precios distintos:

- La relación de dependencia (o independencia) entre el OMR anfitrión-comprador (Vodafone) y el OMV-comprado (Vodafone-ONO).

  Toda vez que Vodafone-ONO deja de ser un operador independiente, tras su adquisición por Vodafone en julio de 2014, estos dos operadores constituyen la misma unidad económica. Este hecho implica que Vodafone-ONO ya no goza de autonomía para establecer su estrategia comercial ni un poder compensatorio de la demanda diferente para acordar unos precios de terminación de SMS diferentes a los de Vodafone.

- Diferencia significativa en costes debido a factores exógenos sobre los que los operadores no tienen control.

  En principio, Vodafone y Vodafone-ONO, que constituirían una misma unidad económica, estarían en disposición de hacer uso de los mismos elementos de red. Ahora bien, podría haber factores exógenos fuera del control del operador comprador (Vodafone) que impusieran unas diferencias significativas en costes sobre el operador comprado (Vodafone-ONO). Este sería el caso del período previo al 1 de octubre de 2015 durante el cual Vodafone-ONO[6] operaba sobre la red móvil de acceso de Telefónica Móviles

[5] Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 14 de julio de 2016 en virtud de la cual se procede a declarar concluso por desistimiento el procedimiento relativo al conflicto de interconexión interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A U. contra Vodafone ONO, S.A.U por los precios de terminación de los SMS (CFT/DTSA/011/15/Precios Terminación SMS).

[6] En virtud del acuerdo de interconexión firmado previamente por Vodafone-ONO con Telefónica Móviles.

(OMR anfitrión) y, por tanto, soportaba unos costes distintos a los de Vodafone.

La DTSA proponía unificar los precios de terminación de SMS a partir del 1 de octubre de 2015, momento en el que Vodafone y Vodafone-ONO formaban parte de la misma unidad económica y no había factores exógenos que impusiesen diferencias significativas de costes para la prestación del servicio.

Con posterioridad a la remisión del informe de audiencia, Telefónica Móviles solicitó el desistimiento del conflicto tras haber alcanzado un acuerdo con Vodafone-ONO, quien a su vez comunicó a la CNMC su conformidad con el mismo. En vista de estos hechos, la Sala aceptó dicha solicitud y declaró concluso el expediente, por no existir motivo de interés público alguno que justificara su continuación.

CUARTO. Desarrollo y valoración de las negociaciones en relación a los precios de terminación de SMS.

Esta sección hace una síntesis de los contenidos de las negociaciones mantenidas entre Vodafone y Orange para la unificación de los precios de terminación de SMS. Los principales hitos fueron:

- Con fecha de 22 de abril de 2016, Vodafone remite a Orange un correo en el que plantea su voluntad de unificar los precios de terminación de SMS de Vodafone, Vodafone-ONO, Orange y Jazztel. Orange responde ese mismo día manifestando su disposición a negociar dicha unificación.

- Con fecha de 16 de junio de 2016, Vodafone remite a Orange una propuesta concreta de precios, que incluye a su vez las fechas para su implementación. Los términos de esta propuesta se corresponden con los expuestos en el antecedente de hecho primero. Vodafone envía esta propuesta mediante un nuevo correo el 15 de julio de 2016. Con fecha 28 de julio de 2016 Orange la rechaza. Con fecha de 12 de agosto de 2016, Vodafone vuelve a remitir esta misma propuesta.

- Con fecha de 2 de agosto de 2016, las partes iniciaron conversaciones sobre este asunto en el marco de las reuniones del Comité de Consolidación de Interconexión. El 24 de octubre de 2016, Vodafone y Orange alcanzaron un acuerdo para aplicar un precio de **[CONFIDENCIAL]** a los SMS terminados a partir del 1 de julio de 2016. Aunque este acuerdo fue incorporado al Acta de Consolidación de diciembre de 2016, Vodafone afirmó en su comunicación que continuaría intentado negociar la aplicación de un precio unificado desde 2015.

- Con fecha de 23 de mayo de 2017, Vodafone remite a Orange una nueva propuesta que se concretaba en cuatro puntos:

- la unificación de los precios de terminación de SMS de los cuatro operadores a partir del 1 de octubre de 2015;
- la bajada de este precio a **[CONFIDENCIAL]** a partir del 1 de julio de 2017;
- la unificación de todos los otros precios de interconexión (distintos al de terminación de SMS) aplicados entre Vodafone y Orange;
- y, el cierre de las actas de consolidación de interconexión pendientes.

La respuesta de Orange fue remitida a Vodafone el 30 de mayo de 2017 y, en el correo, expone su disconformidad con tratar de forma conjunta la unificación de precios de terminación de SMS y la bajada del precio de terminación de SMS entre Orange y Vodafone.

Como contraoferta, Orange propuso la unificación de los precios para Vodafone, Vodafone-ONO, Orange y Jazztel desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 30 de junio de 2016 a un precio de **[CONFIDENCIAL]**; la unificación de los precios de los servicios mayoristas distintos a la terminación de SMS que se prestan Vodafone y Orange con aplicación a partir del 1 de julio de 2017 (mediante la formalización de un nuevo AGI que determinará las condiciones económicas aplicables a partir de esta fecha); y el cierre de las actas de consolidación de interconexión pendientes de resolución.

- Tras un intercambio de comunicaciones entre el 6 y el 13 de junio de 2017, Vodafone rechazó la propuesta de Orange por no estar de acuerdo con la vinculación de la unificación de precios y la resolución de las discrepancias surgidas de las reuniones del Comité de Consolidación de Interconexión. A su vez, Orange afirmó que no está interesado en efectuar una bajada de los precios de terminación de SMS a **[CONFIDENCIAL]**.

A juicio de Orange, la unificación de los precios de terminación de SMS a **[CONFIDENCIAL]** por SMS a partir del 1 de julio de 2016 tuvo carácter definitivo y representó el final de las negociaciones sobre este asunto.

Esta Sala no está de acuerdo con la valoración de Orange respecto al acuerdo alcanzado en el Acta de Consolidación de diciembre de 2016. Orange obvia que, a pesar de haber aceptado el ajuste propuesto por ella de unificar precios a partir del 1 de julio de 2016, Vodafone informó de su intención de seguir negociando la unificación de los precios que aplicarían entre el 18 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2016. Prueba de ello son las negociaciones posteriores, que se inician a finales de mayo de 2017 y en las que Vodafone aborda esta cuestión con una nueva propuesta y Orange responde con otras propuestas. Estas negociaciones quedan definitivamente estancadas.

Por lo tanto, esta Sala considera que el estado de las negociaciones justifica la interposición del actual conflicto de interconexión por verse agotadas las vías usuales para alcanzar un acuerdo en relación al precio de terminación de SMS entre Vodafone-ONO y Orange y Jazztel y Vodafone para el periodo comprendido entre el (i) 18 de agosto de 2015, en que se produce la compra efectiva de Jazztel por Orange y (ii) 30 de junio de 2016 ya que Vodafone y

Orange sí alcanzaron un acuerdo para la unificación de estos precios de terminación de SMS a partir del 1 de julio de 2016. A su vez, y a tenor de la legislación expuesta en la habilitación competencial citado en el apartado segundo de los fundamentos jurídicos procedimentales, corresponde a la CNMC resolver el presente conflicto de interconexión.

QUINTO. Valoración de los argumentos propuestos por Vodafone y Orange.

Orange defiende que no hace uso de los mismos elementos de red cuando termina un SMS en un abonado de Jazztel que cuando el SMS va dirigido a un abonado suyo. Su escrito arguye que, con independencia de que Jazztel fuera adquirido por Orange en agosto de 2016, las redes de ambos operadores continuaron funcionando de forma separada durante los diez meses posteriores, hasta que culminó el proceso de integración, por lo que la solicitud de intervención de Vodafone no estaría justificada.

A su vez, para Vodafone, el caso actual se ajusta perfectamente al analizado en el marco del Conflicto TME-Vodafone, por lo que solicita a la CNMC resolver aplicando los dos criterios de unificación para ordenar que Orange y Jazztel deban unificar sus precios de terminación a partir de la fecha en la que se formalizó la adquisición de Jazztel por Orange.

Para esta Sala, el análisis realizado en el Conflicto TME-Vodafone sí puede servir, en términos generales, como punto de partida para el análisis del conflicto actual, siempre que se adapte para tener en consideración las diferencias sustanciales que hay entre ambas casuísticas.

Principalmente, se ha de tener en cuenta el orden en el que han sucedido los hechos que dan cumplimiento a los dos criterios que determinan la fecha de unificación de precios. En el Conflicto TME-Vodafone, la unificación de precios fue marcado por la finalización del proceso de migración de clientes desde la red de Telefónica a la de Vodafone, dado que la adquisición de ONO se habría dado un año antes. En el caso actual, el hecho que desencadenaría la unificación de precios habría sido la adquisición de Jazztel por Orange en agosto de 2015.

La DTSA, en su informe de audiencia, propuso que la unificación de los precios de terminación de SMS no se hiciera efectiva el mismo día de la adquisición de Jazztel porque resulta poco razonable asumir que Orange gozaba del control total de Jazztel desde el instante en el que se finalizó la compra.

A la luz de lo alegado por Orange sobre el proceso de toma de control y la integración de la red de Jazztel, esta Sala considera que el período transitorio previsto en el informe de audiencia, con duración de un mes y medio, puede resultar excesivamente breve y, por lo tanto, insuficiente para el fin que se concedió. Si bien estimar el plazo óptimo para la integración de una red no es el objeto de este expediente, el plazo de diez meses que alega Orange en su escrito parece ser más ajustado a la realidad que el de seis semanas originalmente indicadas por la DTSA.

De hecho, este plazo de diez meses guarda mayor correspondencia con la duración del proceso de integración que llevaron a cabo Vodafone y Vodafone-ONO mientras migraban, de forma paralela, los clientes de Vodafone-ONO hacia la red de Vodafone. Así, la migración de los clientes de Vodafone Ono a la red de Vodafone se produjo en un año y tres meses desde la formalización de la adquisición de Vodafone-ONO por Vodafone el 1 de julio de 2014.

Asimismo, debe destacarse que la primera solicitud de Vodafone a Orange acerca de la unificación de los precios de terminación SMS de la que la CNMC tiene constancia se produce el 22 de abril de 2016, solo dos meses antes de la fecha de unificación propuesta por Orange del 1 de julio de 2016.

Sobre la base de estas consideraciones se concluye que la unificación de los precios de terminación de SMS a **[CONFIDENCIAL]** por SMS a partir del 1 de julio de 2016 es la solución apropiada en el marco del presente conflicto. Esta fecha de aplicación, así como el precio especificado, tendría la ventaja de estar basada en un acuerdo existente entre y Vodafone y Orange (alcanzado en el marco de los trabajos del Comité de Consolidación de Interconexión). Además, la aplicación de los términos recogidos en el acuerdo se ajustaría al final del proceso de integración de las redes de Orange y Jazztel.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la solicitud de Vodafone de fijar un precio de **[CONFIDENCIAL]** desde el 18 de agosto de 2015 para Vodafone y Jazztel y desde el 1 de octubre de 2015 para Vodafone-ONO y Orange**.**

SEGUNDO.- Se establece que el precio de terminación de SMS aplicable entre el 18 de agosto de 2015 y el 30 de junio de 2016 es de (i) **[CONFIDENCIAL]** por SMS para Vodafone España, S.A.U y Jazz Telecom, S.A. y (ii) **[CONFIDENCIAL]** por SMS entre Orange Espagne, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U..

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.

ANEXO: Resumen y respuesta a las alegaciones de los interesados

1. Sobre la competencia de la CNMC y la inexistencia de un conflicto de interconexión.

En su escrito de alegaciones al informe de audiencia, Orange vuelve a afirmar que la CNMC no es competente para instruir este expediente. En primer lugar, considera que la ausencia de regulación de carácter *ex ante* del mercado de terminación de SMS excluye la posibilidad de que la CNMC intervenga mediante conflictos de acceso. Según este operador, la CNMC estaría, en efecto, utilizando los procedimientos descritos en la LCNMC y LGTel (específicamente, el artículo 12.5 de ésta) para imponer regulación ex ante.

Orange añade que, además de la falta de regulación ex ante, en el caso actual tampoco se estaría produciendo una distorsión competitiva ni un perjuicio a los clientes de los operadores partes del conflicto, por lo que la actuación de la CNMC no se ajustaría a la consecución de los objetivos expuestos en el artículo 3 de la LGTel.

En su segundo argumento, Orange explica que la CNMC se está excediendo de sus competencias dado que la instrucción del expediente de referencia modificará un acuerdo privado entre dos operadores sobre las condiciones económicas de un servicio no regulado. En su opinión, "*Orange puede aplicar el precio que considere mientras éste no sea excesivo e impida competir a la otra parte"* y, basándose en la Resolución de 24 de febrero de 2016 de los mercados de banda ancha[7], cita a la CNMC cuando afirma que el regulador deberá suprimir las obligaciones mayoristas impuestas a operadores que hubieran tenido poder significativo de mercado al ser constatada la existencia de competencia efectiva.

Orange vincula este argumento al expuesto en el escrito de alegaciones a la solicitud de intervención de Vodafone, donde arguyó que no se cumplían ni las condiciones necesarias para justificar una intervención de la administración en un contrato privado ni los hechos necesarios para que el caso actual fuera considerado con conflicto de interconexión.

Orange hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y enumera tres condiciones que, según este operador, permitirían a la CNMC modificar las condiciones del AGI: (i) la alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (ii) una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las partes contratantes; (iii) que todo ello acontezca porque sobrevengan circunstancias imprevisibles. Según este operador, el único cambio que hubo entre la firma del AGI y el

[7] Resolución de 24 de febrero de 2016, por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónica (ANME/DTSA/2154/14).

período en cuestión (desde mediados de 2015 a mediados de 2016) es el cambio de propiedad de Jazztel derivada de su adquisición por Orange y concluye que ninguno de los requisitos se cumple en el caso actual. Además, subraya que no se ha imposibilitado ni obstaculizado la interconexión entre las redes de Vodafone, Orange y sus OMV completos.

En último lugar, Orange vuelve a indicar que el caso objeto del informe de audiencia no es equiparable al Conflicto TME-Vodafone, citando que las negociaciones que derivaron en ese conflicto tuvieron inicio varios años antes. En su escrito de alegaciones a la solicitud de intervención de Vodafone, Orange afirmó que, en primer lugar, el Conflicto TME-Vodafone sí constituiría un conflicto de interconexión, a diferencia de la situación actual, pues Telefónica Móviles habría estado intentando acordar la unificación de precios durante un largo período de tiempo y no había llegado a ningún acuerdo con Vodafone. Para Orange, este último hecho es clave, pues considera que en el caso actual existe un acuerdo: el pactado en el Acta de Consolidación de diciembre de 2016.

Respuesta de la DTSA

Al contrario de lo defendido por Orange en sus escritos, la intervención de la CNMC en conflictos de interconexión y de acceso a servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas no está limitada a los mercados que han sido objeto de procedimientos de análisis y revisión de mercados, ni tampoco a aquellos en los que se hayan impuesto obligaciones regulatorias de carácter ex ante. Ejemplos de ello son las actuaciones de la CNMC en los conflictos entre (i) British Telecom (en adelante, BT) y Telefónica Móviles de España, S.A.U.[8] , (iii) Dialoga Servicios Interactivos, S.A., TME y Orange[9] (en adelante, Conflicto Dialoga) y (iii) Conflicto BT-Orange[10], donde finalmente la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó resolución introduciendo modificaciones en las condiciones económicas establecidas en los AGI o estableciendo las condiciones económicas que debían regir un nuevo AGI.

[8] Ver Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 4 de mayo de 2017, del conflicto de interconexión interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales, S.A.U. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. por los precios de originación para llamadas gratuitas (CFT/DTSA/013/16).

[9] Ver Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 17 de mayo de 2018, relativa al conflicto de interconexión interpuesto por Dialoga Servicios Interactivos, S.A. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. y Orange España, S.A.U. por los precios mayoristas de originación móvil para llamadas a numeraciones 900 y 902 (CFT/DTSA/011/17)

[10] Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 21 de junio de 2018, del conflicto de interconexión interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. contra Orange Espagne, S.A. por los precios de originación móvil para llamadas gratuitas (CFT/DTSA/044/17).

De hecho, la fijación de un precio (o de las condiciones que afectan a la aplicación del mismo) no hubiera supuesto la imposición de una obligación regulatoria de carácter ex ante. Esta posición ha sido defendida por la CNMC en los tres conflictos de interconexión mencionados anteriormente, donde la Sala de Supervisión Regulatoria sostuvo que una intervención de éstas características es conforme a los artículos 12.5 y 12.6 de la LGTel y facilitan que se garantice la adecuación del acceso y la interconexión, fomentando así la competencia en el mercado.

Sobre esta misma base normativa, se puede afirmar que la interpretación de la jurisprudencia que realiza Orange no aplica al caso actual. Como indicó en sus alegaciones al escrito de solicitud de intervención, el artículo 12 de la LGTel confiere a la CNMC la potestad de intervenir en las relaciones entre operadores para garantizar la adecuación del acceso y la interconexión. El comienzo de las negociaciones entre Vodafone y Orange fue motivado por lo que Vodafone consideró como una falta de adecuación de las condiciones recogidas en el AGI vigente y, tras estancarse irremediablemente las conversaciones acerca del nuevo acuerdo, terminó por derivar en el conflicto de interconexión actual.

Respecto al último argumento de Orange que versa sobre el desarrollo de las negociaciones, la DTSA no ha establecido nunca una duración mínima necesaria para declarar infructuoso un proceso de negociación y considera que hacerlo no sería útil. El hecho relevante es el estancamiento absoluto e irremediable del proceso de negociación entre Vodafone y Orange, independientemente de su duración.

2. Sobre la fecha de unificación de los precios de terminación

Orange y Vodafone muestran su desacuerdo con la propuesta de resolución formulada por la DTSA durante el trámite de audiencia, consistente en aplicar la unificación de los precios de terminación de SMS entre los cuatro operadores a partir del 1 de octubre de 2015.

Orange no comparte la unificación de precios propuesta por DTSA porque: (i) la adquisición de Jazztel por parte de Orange, y su extinción como sociedad, no obliga a que tengan que aplicar los mismos precios; (ii) existen diferencias en los costes entre las redes de los operadores fusionados.

Respecto al primero, Orange considera que la DTSA está aplicando criterios distintos a Vodafone y Orange, dado que propone obligar a Orange y Jazztel a unificar precios desde el momento en el que son unidad económica, mientras que a Vodafone y ONO no se les exigiría hasta una fecha posterior.

Respecto a la elección de la DTSA de tomar como fecha la adquisición de Jazztel por Orange, considera que es errónea y cita a la Resolución de Vigilancia de 4 de mayo de 2017[11], donde la Dirección de Competencia de la CNMC consideró

[11] Expediente VC/0612/14.

que "*cualquier condicionante técnico y jurídico desapareció a 1 de enero de 2016, fecha en la que tuvo efectos económicos la fusión por absorción de Jazztel por Orange,* […] *y que implicó que todos los clientes de banda ancha fija de Jazztel pasaron a ser titularidad de Orange*".

El segundo argumento es el relativo al proceso de integración de las redes de Orange y Jazztel y lo que Orange interpreta como una exigencia desproporcionada, es decir, tener que llevar a cabo dicha integración en un plazo breve de tiempo. Orange, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de alegaciones a la solicitud de intervención, rechaza que haya prolongado una situación de ineficiencia respecto al mantenimiento y la integración de las dos redes y señala que la integración de ambas se hizo efectiva en 10 meses.

Cita la Resolución de 22 de febrero de 2018, relativa a la eliminación de Jazztel del nodo central de portabilidad móvil tras la exención de su condición de operador con motivo de la fusión por absorción por parte de Orange Espagne, S.A.U., para mostrar la dificultad técnica de integrar dos redes y justificar sus afirmaciones sobre la independencia de las redes utilizadas por Orange y Jazztel.

En base a estos argumentos, Orange considera que la DTSA debe desestimar la pretensión efectuada por Vodafone y dictar resolución que ponga fin al procedimiento de referencia.

Vodafone, por su parte, considera que la DTSA aplica criterios distintos a las fusiones de Vodafone/Vodafone-ONO y Orange/Jazztel y que se está desviando de los criterios expuestos en el Conflicto TME-Vodafone. Vodafone argumenta que deben unificarse los precios a partir del 18 de agosto de 2015, pues Orange habría gozado del control de Jazztel a partir de esta fecha. Este hecho quedaría reflejado en (i) la aceptación de la oferta de Orange por parte de los accionistas de Jazztel, (ii) el cambio en la composición del Consejo de Administración de éste, (iii) la comunicación por parte de Orange de su oferta pública de adquisición de acciones del restante del capital social de Jazztel, y (iv) la efectiva adquisición del capital social restante de Jazztel.

Vodafone concluye que Orange habría tomado el control de Jazztel el 1 de julio de 2015 (fecha en la que se realiza el cambio de composición del Consejo de Administración de Jazztel). Vodafone suma a esta fecha un breve período transitorio por el que Orange habría asumido el control de Jazztel, cuya duración es similar a la especificada por la DTSA, alrededor de un mes y medio, lo que implicaría la unificación de los precios a partir del 18 de agosto de 2015.

En último lugar, Vodafone rechaza lo que interpreta como la asunción de la DTSA de que la situación de Jazztel y la de Vodafone-ONO, durante el período entre el 18 de agosto y el 1 de octubre de 2015, era la misma. Vodafone considera que no es comparable, dado que su antiguo OMV completo se hallaba alojado en la red de TME.

Vodafone, que acepta parcialmente la propuesta de resolución de la DTSA, solicita que se fije un precio de terminación de SMS de **[CONFIDENCIAL]** por SMS para el período entre el 18 de agosto y el 1 de octubre de 2015.

Respuesta de la DTSA

Por las razones expuestas en el fundamento jurídico material quinto, esta Sala estima las alegaciones de Orange en lo que se refiere al plazo de integración de la red de Jazztel. Por lo tanto, se considera que el acuerdo alcanzado para la unificación de los precios de terminación a un nivel de **[CONFIDENCIAL]** a partir del 1 de julio de 2016 es apropiada.