

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

CFT/D TSA/039/17/PRECIOS TERMINACION SMS

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. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de octubre 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 establecido entre Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

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

Con fecha 15 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 (Vodafone, en adelante), en virtud del cual interpone un conflicto frente a Orange Espagne, S.A.U. (Orange, en adelante) en relación con la actualización del precio de terminación de SMS que actualmente rige las relaciones entre estos operadores (en adelante, escrito de solicitud de intervención).

La comunicación por la que Vodafone solicitó el inicio de negociaciones sobre la terminación de SMS data del 23 de mayo de 2017 y, en su escrito, Vodafone alega que no hubo ningún avance en los intentos de negociar una actualización del precio de terminación de SMS acordado con Orange. El precio que actualmente aplica entre ambos operadores es por SMS y Vodafone habría intentado negociar su bajada a **[CONFIDENCIAL]** por SMS.

Vodafone solicita la intervención de la CNMC para que establezca un precio de terminación de SMS con Orange de **[CONFIDENCIAL]** a partir del 23 de mayo de 2017, fecha en la que inició las negociaciones con Orange.

SEGUNDO. Inicio de procedimiento y requerimientos de información

Mediante escrito de 3 de octubre 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 y se emitió un requerimiento de información a Vodafone para facilitar la instrucción del mismo.

TERCERO. Solicitud de ampliación de plazo de Orange

Con fecha de 18 de octubre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Orange mediante el cual este operador solicitaba la ampliación del plazo en cinco días para poder formular sus alegaciones al escrito de Vodafone en virtud del cual interpone el conflicto ante la CNMC.

CUARTO. Respuesta de Vodafone al requerimiento de información

Con fecha de 20 de octubre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC la respuesta al requerimiento de información emitido el 22 de septiembre de 2017.

QUINTO. Escrito de Orange

Con fecha de 2 de noviembre de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange por el que presenta sus alegaciones al escrito de Vodafone en virtud del cual interpone el conflicto ante la CNMC.

SEXTO. Trámite de audiencia

El 28 de mayo 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.

SÉPTIMO. Solicitud de ampliación de plazo de Orange

Con fecha de 31 de mayo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange por el que solicitaba la ampliación de plazo al trámite de audiencia en cinco días.

OCTAVO. Solicitud de ampliación de plazo de Vodafone

Con fecha de 14 de junio de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de Orange por el que solicitaba la ampliación de plazo al trámite de audiencia en cinco días.

NOVENO. Respuestas al trámite de audiencia

Con fecha de 19 y 21 de junio 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 28 de mayo de 2018.

DÉCIMO. 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.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES

PRIMERO. Objeto del procedimiento

En el escrito de Vodafone presentado el 15 de septiembre de 2017, el operador plantea un conflicto de interconexión contra Orange por no haber alcanzado un acuerdo para la actualización de los precios de terminación de SMS. En virtud de esta solicitud, se valorarán las propuestas de precios realizadas por las partes y, si resultara necesario, se establecerán los precios de terminación de SMS que regirán las relaciones comerciales bilaterales entre Vodafone y Orange.

Según Orange, la definición de interconexión expuesta en el anexo II de la LGTel no sería aplicable al servicio de SMS A2P porque, a diferencia de los SMS P2P, funciona como una comunicación unidireccional por la cual el contratante de este servicio comunica a un usuario final (que, normalmente, es cliente del contratante del servicio A2P) cierta publicidad, alertas, notificaciones y otra información de su interés, sin que éste tenga opción a responder al mensaje corto. Para Orange, la regulación sobre la interconexión de operadores depende totalmente de la naturaleza bidireccional del servicio de comunicaciones electrónicas. Profundizando en este punto, Orange señala que los servicios A2P no hacen uso de los recursos de numeración de los operadores de comunicaciones electrónicas, lo que imposibilita la respuesta del usuario final y hace necesariamente unidireccional la comunicación.

Para Orange, el hecho de que la empresa contratante del servicio de SMS A2P, es decir, el cliente, pueda negociar, por sí misma o a través de un intermediario, acceso a las distintas redes de operadores de comunicaciones electrónicas excluye la posibilidad de que puedan darse conflictos de interconexión en relación a este segmento del mercado de SMS.

Orange insiste en las peculiaridades relativas a la forma de consumir el servicio minorista SMS A2P para justificar el establecimiento de un precio para el servicio de terminación de SMS, servicio mayorista imprescindible para la provisión del primero, diferente del que aplicaría para la terminación de los SMS originados por el servicio SMS P2P.

En primer lugar, la capacidad del usuario destinatario del SMS de responder, o no, al remitente es irrelevante, pues la realidad del mercado español de SMS A2P muestra que siguen siendo los operadores móviles los que cursan los tráficos SMS, terminándolos en su red (cuando el usuario destinatario se aloje en ella) o haciendo uso de los servicios mayoristas acordados con otros operadores para hacer llegar el SMS (cuando el usuario destinatario se encuentre alojado en otra). La capacidad de un usuario de contestar a la comunicación es únicamente una particularidad que diferencia este tipo de SMS respecto a otros en el mercado minorista, siendo indiferente en lo que se refiere a los servicios mayoristas empleados para hacer llegar el mensaje a su destino.

En segundo lugar, la unidireccionalidad del servicio A2P, a la que se refiere Orange, no pone en cuestión el carácter bilateral/bidireccional (“two way access”) en el intercambio de SMS entre dos redes móviles, como las de Vodafone y Orange. Al igual que el servicio SMS A2P tiene un patrón de consumo diferente al del servicio SMS P2P, en tanto que los clientes finales del primero (clientes empresariales) son solo originadores de SMS y no receptores, los usuarios finales del servicio SMS P2P podrían presentar un patrón de consumo similar al del servicio A2P. Por ejemplo, podría darse el caso de que los usuarios finales de un operador fueran eminentemente originadores de SMS y los de otro operador fueran eminentemente receptores de SMS.

Estas diferencias no alterarían, sin embargo, las necesidades de interconexión entre las diferentes redes; de lo contrario estas redes no aportarían tanto valor al cliente final ya que los usuarios “originadores” de una red se verían abocados a enviar menos SMS y los usuarios “receptores” recibirían menos SMS.

Como consecuencia de lo anterior, es factible que los operadores móviles pueden prestar conflictos de interconexión en relación al precio de terminación de los SMS, aunque un parte creciente de los mismos se generen mediante el servicio minorista SMS A2P. Los clientes empresariales siguen queriendo comunicar información a sus clientes y estos últimos pueden estar suscritos a cualquiera de las redes móviles. Por tanto, el operador móvil prestador del servicio SMS A2P (o el agregador) deseará estar interconectados con el mayor número de redes móviles.

En definitiva, las condiciones económicas de los servicios mayoristas acordados en un AGI (el servicio de terminación de SMS) que posibilitan la prestación de un servicio minorista de comunicaciones electrónicas (los servicios SMS P2P y A2P) podrán ser el objeto de un desacuerdo entre los operadores interconectados y, por lo tanto, objeto de un conflicto de interconexión (el presente conflicto).

SEGUNDO. Habilitación competencial

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.

Orange alega que la actuación de la CNMC en este expediente es equivalente a la imposición de regulación ex ante en el mercado mayorista de terminación de SMS, mediante la fijación del precio aplicable entre Vodafone y Orange, lo que haría necesario iniciar un procedimiento de análisis de mercado de acuerdo con indicado en la Recomendación de la Comisión Europea sobre mercados

relevantes sujetos al análisis ex ante¹. Para Orange, solamente después de haber realizado el análisis de mercado exhaustivo que la Recomendación contempla estaría justificada la imposición de una medida regulatoria ex ante como la fijación de un precio mayorista.

Por tanto, sería necesario que la CNMC analizara los mercados minoristas anexos, aplicara el test de los tres criterios y cumpliera con los demás pasos previstos en la Recomendación sobre mercados relevantes, como ha hecho en el marco de otros expedientes de análisis de mercado. En este sentido, Orange considera que la CNMC está utilizando el expediente actual, un conflicto de interconexión, como vía alternativa para imponer un nuevo régimen de regulación ex ante al servicio de terminación de SMS.

Orange alega, a su vez, que la intervención de la CNMC en el presente conflicto no encuentra justificación en el articulado de la LGTel. Esta proposición se basa en que las actuaciones del regulador sectorial en el marco del artículo 12.5 se podrán desarrollar siempre que estén justificadas y motivadas. Según este operador, la DTSA no habría fundamentado su intervención en alguna de las causas tasadas en el citado artículo, como son la falta de competencia, la dificultad del acceso o el perjuicio de los usuarios. Según Orange la propuesta contenida en el informe sometido a trámite de audiencia estaría alineada con los intereses comerciales de Vodafone y no actuaría en beneficio de los intereses públicos.

En último lugar, Orange destaca que la intervención de la CNMC en el conflicto entre Vodafone y Orange sobre los precios de terminación de SMS no respeta el principio de intervención mínima de la Administración Pública, apoyándose en la Resolución de la CNMC, de 1 de febrero de 2018², que defiende la importancia de la negociación privada de las partes y solamente contempla que dicha libertad se vea limitada por actuaciones justificadas con objeto de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En conclusión, según Orange la CNMC no tendría competencia para regular ex ante el precio de terminación de los SMS ni tampoco estaría justificada su intervención en virtud de alguna consideración de interés público. Sobre este argumento, y los demás recogidos en este resumen de alegaciones, Orange solicita que la CNMC haga caso omiso de la pretensión de Vodafone y resuelva archivando el presente expediente.

¹ Recomendación de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas Texto pertinente a efectos del EEE (2014/710/UE)

² Resolución del Consejo, de 1 de febrero de 2018, sobre el conflicto presentado por Orange contra Internet Xpress por el que solicita la autorización para cesar en la prestación de servicios mayoristas (CFT/DTSA/016/17)

Frente a esta alegación esta Sala se reafirma en que su intervención en este conflicto no constituye una imposición de regulación ex ante sino que está en línea con lo sostenido en sus decisiones previas relativas a conflictos de interconexión.

Esta Sala ha defendido en varias ocasiones su capacidad para resolver las disputas entre operadores estableciendo las condiciones económicas que rigen su interconexión. Ejemplos de esta posición son (i) el conflicto entre British Telecom (en adelante, BT) y Telefónica Móviles de España, S.A.U.³, (ii) el precitado conflicto entre Dialoga y TME y Orange y (iii) el conflicto BT-Orange, 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.

Además, este tipo de intervención con respecto al servicio de terminación de SMS ha sido adoptada con anterioridad por otras autoridades nacionales de regulación en el seno de la Unión Europea. Cabe destacar que el regulador francés⁴ y el austriaco⁵ resolvieron conflictos de interconexión entre operadores fijando los precios de terminación de SMS. Por lo tanto, una intervención como la aprobado por esta Sala en el marco del presente conflicto en un mercado no sujeto a obligaciones regulatorias de carácter ex ante como el de terminación de SMS no dista de lo observado en otros países del entorno europeo.

La intervención del regulador conforme a los artículos 12.5 y 12.6 de la LGTel, que Orange considera apropiada no es incompatible con la fijación de unos precios. De hecho, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, una intervención de estas características puede ser la solución apropiada para

³ 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).

⁴ El 17 de noviembre 2005, con anterioridad a la imposición de obligaciones de carácter ex-ante, el regulador de comunicaciones electrónicas francés, ARCEP, intervino en el marco de dos conflictos interpuestos por Bouygues contra Orange y SFR, respectivamente, por los precios de terminación de SMS. Éstos conflictos finalmente se resolvieron con la imposición de un precio de terminación de SMS aplicable entre los interesados que se calculó teniendo en cuenta el principio de la equidad y otros elementos adicionales al coste de provisión del servicio. (Ver https://www.arcep.fr/index.php?id=2123&no_cache=1&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=752&tx_gsactualite_pi1%5Bannee%5D=2005&tx_gsactualite_pi1%5Btheme%5D=0&tx_gsactualite_pi1%5Bmotscle%5D=&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=2122&cHash=837a5db1559fb01c316816456e77ac69&L=1).

⁵ En noviembre de 2008, el regulador austriaco, RTR, resolvió un conflicto de interconexión que interpuso Mobilkom Austria AG contra Hutchison 3G Austria GmbH en relación al servicio de terminación de SMS. El procedimiento finalmente se resolvió con la fijación del precio de terminación de SMS por parte de RTR a partir de un cálculo basado en los costes de provisión del servicio y las prácticas habituales del mercado. (Ver https://www.rtr.at/en/tk/Bescheid_Z_2_08).

garantizar la adecuación del acceso y la interconexión y con ello fomentar la competencia en el mercado.

De lo contrario, podría limitarse, de manera injustificada, la capacidad de actuación del regulador conforme a los artículos precitados bajo la premisa de que cualquier fijación de precios es una decisión regulatoria de carácter ex-ante. Este enfoque es coherente y consistente en un conflicto entre partes. De esta forma se pretende alcanzar un compromiso entre el principio de mínima intervención al mismo tiempo que se pone fin a las discrepancias entre las partes interesadas en el presente procedimiento que por sí solas no han sido capaces de alcanzar un acuerdo.

Por último, en relación con las alegaciones de Orange sobre que la medida adoptada no estaría fundamentada en el interés público, cabe recordar que la reducción de los precios mayoristas de los servicios de comunicaciones electrónicas, como son los precios de terminación de SMS, se traducen en reducciones de los precios minoristas pagados por usuarios y consumidores. En el caso actual, que afecta tanto a los consumidores de SMS P2P como a los del servicio SMS A2P, la bajada del precio de terminación de SMS entre Vodafone y Orange es un factor que contribuye a la reducción del precio pagado por los usuarios de ambos servicios, incluyendo los clientes empresariales que contratan servicios SMS A2P. En conclusión, la medida que resuelve esta Sala se toma en cumplimiento de las funciones asignadas a la CNMC por su ley de creación (ver art. 5.1 de LCNMC) y en beneficio de los consumidores y usuarios de los servicios SMS en cualquiera de sus modalidades.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO. Aspectos planteados por Vodafone y Orange

Aspectos planteados por Vodafone en su escrito de solicitud de intervención

Vodafone argumenta que la infructuosidad de las negociaciones con Orange para actualizar el precio de la terminación de SMS hace necesaria la intervención de la CNMC para poner fin al conflicto de interconexión resultante.

El precio vigente, que data del AGI⁶ firmado el 1 de agosto de 2013 (en adelante, AGI de 2013), sería excesivo respecto al precio acordado con los otros operadores con los que Vodafone mantiene acuerdos de interconexión. Las condiciones económicas establecidas en estos acuerdos posteriores sitúan el precio de terminación en **[CONFIDENCIAL]**, salvo en el caso de los acuerdos con Orange y **[CONFIDENCIAL]**.

Vodafone también considera relevante tener en cuenta la introducción del Reglamento (UE) 2017/920 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se aprueba la bajada de los precios mayoristas de itinerancia, o *roaming*, dentro del Espacio Económico Europeo (en adelante,

⁶ Acuerdo General de Interconexión.

EEE). Este reglamento, que limita el precio máximo de la terminación de SMS entre los operadores del EEE a 1 céntimo de euro por SMS, supuso una bajada respecto a la regulación europea anterior que fijaba el precio máximo en 2 céntimos de euro. Para Vodafone, la bajada de este precio regulado marca una tendencia que debería guiar la evolución de los precios de terminación de SMS nacionales, sirviendo como una especie de precio de referencia.

Aspectos planteados por Orange en su respuesta al requerimiento de información

Las alegaciones de Orange al escrito de solicitud de intervención de Vodafone muestran su desacuerdo con el inicio del presente procedimiento. Orange afirma que no existe ningún conflicto de interconexión, solo una discrepancia en las condiciones económicas que serán aplicables en el futuro, y considera que no se cumplen los requisitos necesarios para que la CNMC pueda intervenir modificando un contrato privado como es el AGI.

Para justificar su rechazo a revisar el precio de terminación de SMS a la baja, presenta datos sobre el tráfico minorista de SMS y distingue entre los mensajes cortos enviados por personas físicas (mensajes P2P) y aquellos enviados desde aplicaciones a personas físicas (mensajes A2P). En estos datos se puede observar la caída que ha experimentado el tráfico total de SMS a lo largo de los últimos años, que se debe a la menor demanda de este servicio por parte de los usuarios finales. Sin embargo, de manera simultánea habría crecido el tráfico de SMS A2P que demandan las empresas para poder llevar a cabo comunicaciones con sus clientes.

El tráfico de SMS P2P entre Vodafone y Orange es bastante equilibrado. Sin embargo, el alto tráfico de SMS A2P proveniente de la red de Vodafone, en comparación con el escaso tráfico saliente de SMS A2P de Orange hacia la red de Vodafone, generaría una balanza de terminación de SMS favorable para Orange, al enviar Vodafone un mayor número de SMS hacia la red de Orange. El signo de esta balanza sería consecuencia del mejor posicionamiento de Vodafone en el segmento A2P del mercado de SMS, donde gozaría de una cuota de mercado más alta, resultando como se ha dicho en un alto volumen de SMS dirigidos a la red de Orange. En opinión de Orange, el conflicto interpuesto por Vodafone tendría el objetivo único de reducir el volumen de los pagos por concepto de terminación de SMS que este operador genera en la actualidad, incrementando así su beneficio económico. Sobre la base de estos argumentos, solicita a la CNMC que desestime la solicitud de Vodafone y que archive el presente expediente.

SEGUNDO. Caracterización del servicio mayorista de terminación de SMS y entorno regulatorio

La terminación de un SMS en una red telefónica móvil es un servicio 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 Operadores Móviles de Red (en adelante, OMR) verticalmente integrados que disponían de redes de acceso radio⁷. 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 15⁸, aparecieron los denominados operadores móviles virtuales completos (en adelante, OMV completos) que también pueden prestar este servicio.

Entorno regulatorio

El servicio de terminación de SMS en redes móviles, a diferencia de la terminación de llamadas en dichas redes, no está sujeto 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.

No obstante, la ausencia de regulación *ex ante* en un mercado mayorista no excluye que la CNMC pueda intervenir en los conflictos de acceso fijando las condiciones económicas y técnicas de los servicios en cuestión, cumpliendo así las funciones que le asignan los artículos de la LGTel y LCNMC citados en la habilitación competencial de los fundamentos jurídicos procedimentales del presente expediente.

En este sentido, tanto la CNMC como su antecesora, la Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), han resuelto conflictos de interconexión y acceso relacionados con las condiciones económicas de servicios como la originación de llamadas gratuitas, la originación

⁷ Dichos operadores son los adjudicatarios de las licencias para la explotación del espectro radioeléctrico.

⁸ Resolución de 2 de febrero de 2006, 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.

móvil con destino a servicios SMS Premium⁹, la originación móvil de llamadas a numeraciones 900 y 902^{10,11,12} y la originación fija de los operadores de cable¹³.

En conclusión, la capacidad de actuación de la CNMC en el marco de los conflictos de interconexión y acceso no se limita únicamente a los servicios incluidos en los análisis de mercados de referencia de comunicaciones electrónicas por lo que aquellos conflictos que surjan en relación al mercado de terminación de SMS, como es el que se analiza en el presente expediente, también pueden ser objeto de análisis e intervención por parte de la CNMC.

TERCERO. Valoración del proceso de negociación

Las negociaciones entre Vodafone y Orange sobre los precios de terminación de SMS se desarrollaron en 2017 mediante una serie de llamadas telefónicas, correos electrónicos y reuniones. En el escrito de solicitud de intervención de la CNMC, Vodafone anexó un intercambio de correos electrónicos que detallan el proceso de negociación, cuyo desarrollo estuvo marcado por los siguientes hitos:

- Con fecha de 23 de mayo de 2017, Vodafone envió un correo electrónico a Orange con una propuesta de cuatro puntos que abarcaba la unificación de los precios de terminación de SMS fijados entre Vodafone, Vodafone-ONO, Orange y Jazztel, la bajada del precio de terminación de SMS de **[CONFIDENCIAL]** a **[CONFIDENCIAL]** entre Vodafone y Orange a partir del 1 de julio de 2017, la unificación de los precios de los demás servicios

⁹ Resolución de la CMT de 22 de julio de 2010, del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A.U., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A., en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicio SMS Premium (MTZ 2009/822 AJ/2010/1508 y MTZ 2010/1986).

¹⁰ Resolución de 4 de mayo de 2017, del conflicto de interconexión interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A.U. contra Telefónica Móviles España, S.A.U. por los precios de originación para llamadas gratuitas (CFT/DTSA/013/16).

¹¹ Resolución de 17 de mayo de 2018, del 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.

¹² 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).

¹³ Resolución de la CMT de 22 de junio de 2006 con respecto al conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y Telefónica respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación ofrecidos por los operadores alternativos y Resolución de 4 de diciembre de 2007 sobre el conflicto de interconexión entre determinados operadores de cable y Telefónica respecto a los precios de interconexión por los servicios de terminación y acceso ofrecidos por dichos operadores de cable.

mayoristas que tienen acordados los cuatro operadores y el cierre de las actas de consolidación de interconexión.

- Con fecha de 30 de mayo de 2017, Orange contestó a la propuesta de Vodafone indicando que no estaba de acuerdo con que se vincularan la unificación de los precios de terminación de SMS y la bajada del precio de terminación de SMS entre Vodafone y Orange. Este operador propuso un acuerdo alternativo que excluía la bajada del precio de terminación de SMS de Vodafone y Orange, alegando que aún no se había valorado dicha cuestión.
- Con fecha de 6 de junio de 2017, Vodafone envió un correo electrónico a Orange para que confirmara su posición respecto a la bajada del precio de terminación de SMS. Orange respondió el día 13 de junio de 2017, señalando que habían analizado la propuesta de bajada de precio y que, “*a corto plazo*”, no estaba interesado en acordar ningún cambio de precio.

En los sucesivos correos intercambiados por los operadores, Orange evitó abordar la cuestión relativa a la evolución futura de las condiciones económicas del servicio de terminación de SMS, aunque sí continuó tratando diversos temas, como la unificación de precios de terminación y otros servicios mayoristas, realizando contrapropuestas al respecto.

A la vista de estos hechos, esta Sala constata que los dos operadores han agotado las vías de negociación existentes y, a tenor de lo expuesto en la habilitación competencial, corresponde a la CNMC intervenir en el conflicto y resolver estableciendo las condiciones económicas del servicio de terminación de SMS que Vodafone y Orange se prestan mutuamente.

CUARTO. Valoración de las propuestas de precios de terminación de SMS

Tras acreditar el agotamiento de las vías de negociación, es preciso analizar las propuestas de actualización del precio de terminación de SMS que será aplicado a los tráficos entre Vodafone y Orange.

Por un lado, Vodafone solicita la intervención de la CNMC para que el precio se reduzca a **[CONFIDENCIAL]** por SMS. Por el otro, Orange solicita a la CNMC que archive el presente expediente, lo que implicaría mantener el *statu quo* actual con un precio de terminación de **[CONFIDENCIAL]** por SMS.

Vodafone muestra, tanto en su escrito inicial como en su respuesta al requerimiento de información adicional, que los precios de terminación de SMS fijados en los AGI firmados con otros operadores, se sitúan en **[CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que estos precios son fruto de unas negociaciones bilaterales, en un mercado que no está sujeto a obligaciones regulatorias de carácter ex-ante.

Por tanto, la consecución de acuerdos comerciales con otros operadores no es argumento que por sí mismo justifique que dichos acuerdos deban extenderse

automáticamente a otro operador. Como mínimo, debe analizarse si concurren circunstancias objetivas que justifiquen la propuesta de precios de Vodafone, esto es, la extensión a Orange de los acuerdos alcanzados con otros operadores en cuando a los precios de terminación de SMS.

Orange, por su parte, fundamenta su propuesta de mantenimiento de precios en el desequilibrio en el intercambio de tráfico de SMS con Vodafone y, en particular, al déficit en que Vodafone incurre con respecto a Orange. Vodafone termina menos tráfico de SMS procedente de la red de Orange del que genera con destino esa misma red.

Los datos obtenidos en el requerimiento de información adicional, que se exponen en el gráfico 1, muestran que antes de 2015 ambos operadores terminaban un volumen similar de SMS originados en sus respectivas redes y, por tanto, no se producía dicho desequilibrio. A partir del año 2015, esta situación relativamente simétrica comenzaría a desaparecer a causa del aumento de tráficos de SMS A2P originados en la red de Vodafone. Para el año 2016, se observa que el volumen de tráfico de Vodafone con destino en Orange casi duplica los tráficos en sentido contrario, lo que implica pagos netos a Orange en concepto de terminación de SMS.

El estado y la evolución en el intercambio de SMS entre Vodafone y Orange es reflejo de las diferencias en la composición de la base de clientes de uno y otro operador. En comparación con Orange, Vodafone parece tener un mayor número de usuarios finales de carácter eminentemente empresarial¹⁴, que genera un volumen elevado de SMS en las comunicaciones con sus clientes y ello se traduce en un desequilibrio en el tráfico desde el año 2015.

¹⁴ O equivalentemente, un número similar de este tipo de usuarios finales que hacen un uso más intensivo del servicio de SMS.

[CONFIDENCIAL]

Este desequilibrio es, por tanto, consecuencia de las diferencias en la estrategia comercial a nivel minorista o, cuanto menos, del diferente éxito en la captación de este tipo de clientes (fruto de dichas prácticas comerciales). No es consecuencia, por tanto, de factores exógenos, que están fuera del control del ámbito de decisión de los operadores, sino de un factor endógeno como es la propia estrategia empresarial¹⁵. Por ello, esta Sala considera que el desequilibrio en el intercambio de tráfico entre dos operadores de tamaño similar como Vodafone y Orange no constituye un elemento a tomar en consideración por la CNMC en materia de terminación de SMS y no debe guiar su actuación en el marco del presente conflicto de interconexión.

En cuanto a la distinción entre SMS P2P y A2P que realiza Orange en su escrito, para esta Sala es indiferente que los tráficos de SMS terminados hayan sido originados por un usuario final o una aplicación. Dar validez a este argumento como justificación de un precio de terminación de SMS más alto sería, en efecto, penalizar a Vodafone por haber conseguido una posición superior en el segmento de SMS A2P. Además, el origen de los SMS (sea un usuario final o una aplicación) no implica unos costes diferentes para su terminación en la misma red del operador de origen o en una red diferente.

Los argumentos aportados por Orange y Vodafone no permiten justificar una intervención en un sentido u otro. Por ello, se procede a analizar la dinámica competitiva en la prestación del servicio de terminación de SMS con el objeto de determinar si se debe actualizar el precio del servicio de terminación de SMS entre Vodafone y Orange conforme a la propuesta de Vodafone (esto es, 2 céntimos de euro por SMS) o, por el contrario, debe mantenerse en el nivel actual conforme a la propuesta de Orange (esto es, 3 céntimos de euro). A continuación, se analiza (i) la evolución de la demanda y el ingreso medio del mercado minorista de SMS, (ii) la evolución de la demanda y el ingreso medio del mercado de terminación de SMS, y (iii) la evolución de los costes asociados a la prestación de la terminación de SMS.

Evolución de la demanda y el ingreso medio minorista del servicio de SMS

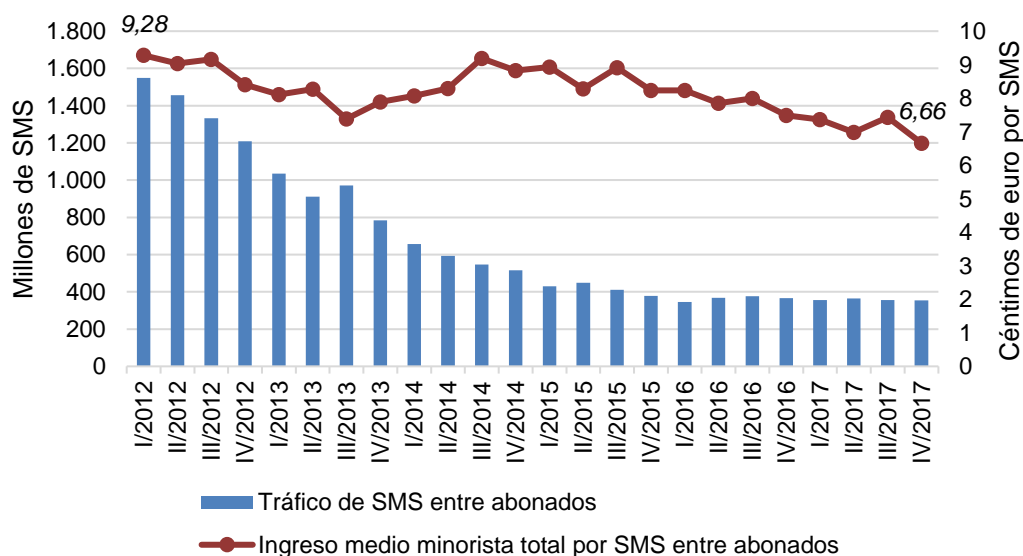
La demanda por parte de los operadores del servicio de terminación se deriva directamente de la demanda de SMS en el mercado minorista. Por lo tanto, la coyuntura de este mercado marca, en gran medida, las circunstancias que deben regir las condiciones económicas de la terminación de SMS. En cumplimiento de sus funciones de supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas, la CNMC ha venido haciendo un seguimiento del estado de los mercados

¹⁵ Por ejemplo, en el ámbito de la regulación de los mercados de terminación de llamadas de voz en redes móviles se consideró que la entrada tardía y la “peor” asignación del espectro radioeléctrico y la menor escala que resultaban de la misma imponían al operador móvil con red (OMR) entrante unos costes superiores a los costes de los OMR incumbentes y este hecho justificaba unos precios de terminación más elevados durante un periodo transitorio.

vinculados a la prestación del servicio de SMS entre abonados (es decir, P2P) que ha quedado recogido en los informes sectoriales anuales¹⁶.

Estos informes recogen la rápida caída del tráfico del servicio de mensajería corta entre abonados a partir de 2011, hecho que se puede atribuir al impacto que tuvo en su demanda la generalización de banda ancha móvil y la aparición de servicios de mensajerías *over-the-top* sustitutivos del SMS, como WhatsApp¹⁷. Entre el primer trimestre de 2012 y el primero de 2017, los tráficos de SMS entre abonados nacionales cayeron de 1.417 millones a poco más de 356 millones, lo que supone una contracción superior al 75%.

Gráfico 2. Evolución del tráfico de SMS y el ingreso medio minorista por SMS entre abonados (P2P).



Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC Data

¹⁶ Los análisis realizados en dichos informes anuales han quedado recogidos en varias entradas del Blog de la CNMC. Por ejemplo, ver *SMS en caída libre* (<https://blog.cnmc.es/2013/08/16/sms-en-caida-libre/>) y *El imparable descenso de los SMS* (<https://blog.cnmc.es/2013/01/09/el-imparable-descenso-de-los-sms/>)

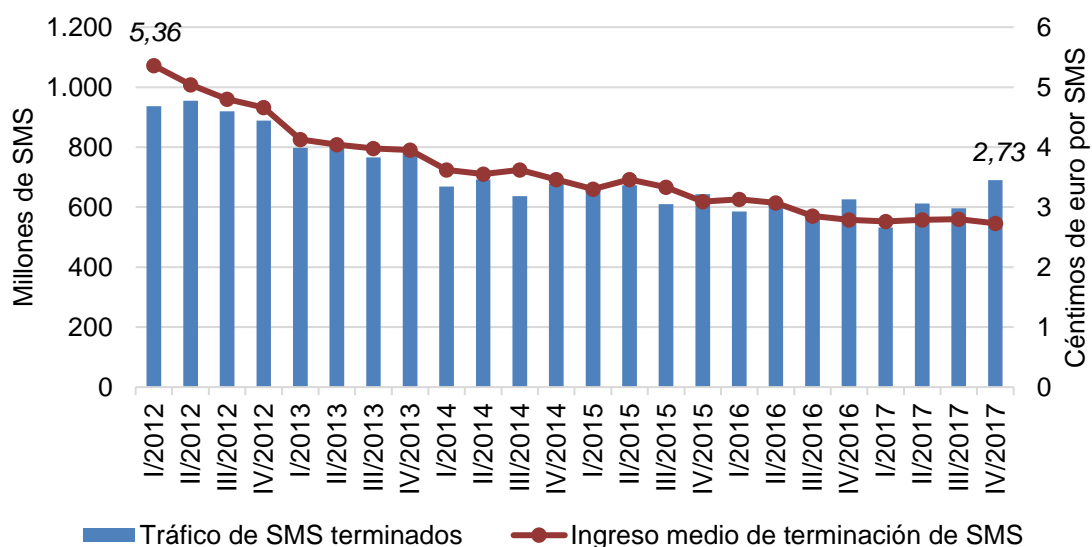
¹⁷ Este hecho quedó recogido en la última revisión de los mercados mayoristas de terminación en redes móviles. Ver Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 18 de enero de 2018 por la cual se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (mercado 2/2014), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, sección II.2.1.

La caída de la demanda del servicio de SMS P2P por parte de los consumidores ha provocado una reducción del 28% en el ingreso medio minorista de este servicio entre el primer trimestre de 2012 y el cuarto trimestre de 2017. Como puede apreciarse en el gráfico 2, el ingreso fluctuó considerablemente entre 2012 y 2014, período que se caracteriza por bajadas y subidas pronunciadas del ingreso medio. A partir de 2015 la serie ha seguido una tendencia más estable y claramente descendente; según el cuarto Informe Trimestral de 2017, el ingreso medio se sitúa en 6,66 céntimos.

Evolución de la demanda y los precios en el mercado mayorista de terminación de SMS

Este cambio de coyuntura en la demanda de SMS por parte de los consumidores también tiene reflejo en el mercado mayorista de terminación de SMS. El gráfico 3 muestra la tendencia decreciente que han seguido el precio y el volumen de tráfico mayoristas a lo largo de los últimos años, aunque también se puede apreciar que la caída sufrida por el mercado mayorista ha sido de menor magnitud.

Gráfico 3. Evolución del tráfico total de terminación de SMS¹⁸ y el ingreso medio por SMS terminado.



Fuente: Elaboración propia a partir de CNMC Data.

¹⁸ Esta categoría incluye la terminación de SMS originados por operadores nacionales e internacionales, así como los SMS originados por usuarios (P2P) y aplicaciones (A2P).

Los tráficos de terminación de SMS totales pasaron de 936 millones en el primer trimestre de 2012 a 690 millones a finales de 2017, que en términos relativos es un 26% menos. Por su lado, los ingresos medios derivados de la terminación de SMS también han descendido a raíz de las presiones bajistas del minorista, pasando de 5,36 a 2,73 céntimos por SMS en el mismo periodo. Esta bajada de 2,63 céntimos representa una reducción del ingreso medio de un 49%.

Evolución de los costes de prestación de la terminación de SMS

La oferta del servicio de SMS, y de los servicios mayoristas vinculados a ello, se caracterizan por costes marginales bajos y casi invariables ante cambios en el volumen de SMS cursados. Esto es especialmente cierto para la proporción de costes que se derivan de los costes de red, donde el coste incremental de terminar un SMS adicional puede ser próximo a cero. Dada la naturaleza abstracta del concepto de costes marginales y el peso de los costes fijos en una red de comunicaciones electrónicas, el análisis se ha basado en los costes medios reportados en las contabilidades regulatorias de Vodafone y Orange.

Los costes medios de terminación de SMS también han experimentado un descenso, habiéndose reducido de forma casi constante durante los diez años comprendidos entre 2007 y 2016 (ver gráfico 3). Cabe destacar asimismo que, en el año 2007 los costes medios por SMS terminado presentaban unas diferencias que se han ido reduciendo hasta converger, en términos absolutos, en torno a **[CONFIDENCIAL]** por SMS. En términos relativos, los costes medios reportados por Vodafone y Orange han caído un **[CONFIDENCIAL]** y **[CONFIDENCIAL]**, respectivamente, entre 2007 y 2016.

[CONFIDENCIAL]

En definitiva, la evolución de los costes medios unitarios de la terminación de SMS se ha caracterizado por una notable pendiente negativa que se mantiene en la actualidad y no se prevé que se invierta. Por lo tanto, los argumentos basados en costes de provisión del servicio de terminación de SMS no justifican que dicho precio permanezca estable en el medio plazo.

El análisis anterior muestra que existe una notable presión a la baja sobre el precio de terminación de SMS que deriva de las dinámicas del mercado minorista y la evolución de los costes de la prestación del servicio de terminación de SMS. De hecho, esta presión a la baja se ve reflejada en los acuerdos que Vodafone ha negociado con casi la totalidad de los operadores con los que mantiene interconexión directa, **[CONFIDENCIAL]**.

Por lo tanto, esta Sala considera que **[CONFIDENCIAL]**.

Frente a lo anterior, Orange afirma que el análisis de la CNMC de la dinámica competitiva del mercado minorista de SMS y de los mercados mayoristas vinculados a éste alcanza conclusiones erróneas al considerar de manera indistinta, tanto a nivel técnico como económico, los SMS A2P y P2P.

En cuanto a la distinción técnica entre los dos tipos de SMS, Orange explica que cuando el destinatario de un SMS A2P está alojado en una red distinta a la del

proveedor del servicio A2P¹⁹, el mensaje corto tendrá que hacer uso del servicio de terminación de SMS para llegar al usuario. Señala que esto es una particularidad del mercado español y que en otros países de la Unión Europea la prestación del servicio de SMS A2P no requiere emplear servicios de interconexión, sino que existen modelos técnicos alternativos que permiten ejecutar el servicio. Orange sólo se refiere al caso francés y, en concreto, a los acuerdos que alcanzan los “agregadores” con los distintos operadores para acceder a sus clientes y enviarles los SMS. De esta forma, la prestación del servicio prescindiría de la interconexión y se basaría exclusivamente en el acceso a las redes.

Orange destaca que la evolución del servicio de SMS P2P se ha caracterizado por una notable reducción de los tráficos en los últimos años y, a nivel mayorista, por la simetría de los tráficos de terminación cursados por los operadores; este hecho lo atribuye a la proliferación de servicios de mensajería instantánea OTT. Esta evolución contrastaría notablemente con el servicio de SMS A2P, que muestra unos tráficos crecientes durante los últimos años, hasta el extremo de suponer el **[CONFIDENCIAL]** del tráfico de SMS terminado por Orange.

Además de esta diferencia, Orange señala que también habría desequilibrios notables en cuanto al volumen de tráficos terminado por los distintos operadores porque (i) la competencia en este segmento se centra en atraer clientes empresariales y (ii) el volumen de SMS A2P cursado depende precisamente del número de estos clientes empresariales y del número de clientes de estos últimos, a los que comunican información relevante mediante el envío de SMS. Por esta razón, Orange tendría una cuota de mercado muy reducida (en términos de tráfico) en comparación con Vodafone, que en este segmento gozaría de una cuota tres veces mayor.

En conclusión, Orange considera que el distinto perfil de consumo de los SMS P2P y SMS A2P hace que no sean comparables y que deban recibir un tratamiento distinto en lo que se refiere a los mercados mayoristas de terminación de SMS.

Al respecto se debe tener en cuenta que Orange describe las particularidades y diferencias del servicio SMS A2P con respecto al servicio SMS P2P, pero no identifica una dinámica competitiva diferenciada a nivel mayorista que surja como consecuencia de esas diferencias a nivel minorista y justifique, por tanto, un tratamiento diferenciado de los precios de terminación de SMS. Si este fuera el caso en el mercado español, Orange podría haber aportado algún AGI que

¹⁹ Para los efectos de esta Resolución, se entenderá por “proveedor del servicio de SMS A2P” como la empresa cuyos equipos emiten el mensaje corto en cuestión. El proveedor podrá ser (i) un operador móvil que interactúa con los clientes empresariales que demandan el servicio SMS A2P y, por tanto, mantiene una relación comercial con estos usuarios finales y les provee directamente el servicio SMS A2P o (ii) un intermediario (“agregador”) que negocia con los operadores móviles las condiciones económicas para terminar los SMS en sus respectivas redes (esto es, el precio de terminación) originados por los clientes empresariales a los el agregador ha comercializado y provisto el servicio SMS A2P.

contemplara precios de terminación de SMS diferentes en función del servicio minorista que los origina: el servicio SMS A2P o el SMS P2P.

En su escrito de alegaciones Orange reconoce, asimismo, que en “España tanto los SMS P2P como los SMS A2P hacen uso de la interconexión entre operadores para terminación”. Por tanto, la referencia a otras soluciones técnicas alternativas a la implementada en España, como la descrita por Orange y aplicada en Francia, no tiene valor a efectos del presente expediente.

En lo que respecta estrictamente al diferente comportamiento que los servicios SMS P2P y SMS A2P, la tesis que parece desprenderse de las alegaciones de Orange es que (i) el precio de terminación de SMS es indiferente para el primero (y por tanto, podría ser igual a **[CONFIDENCIAL]**) porque el tráfico tiende a estar equilibrado/balanceado mientras que (ii) en el segundo servicio, en que estos tráficos no están equilibrados debido al mayor éxito del Vodafone a nivel minorista (esto es, en la captación de clientes empresariales) el precio de terminación no debe modificarse y seguir establecido en **[CONFIDENCIAL]**.

El diferente posicionamiento de Vodafone y Orange a nivel minorista en la prestación del servicio SMS A2P genera un desequilibrio en el intercambio de SMS. Ahora bien, esto no es un argumento suficiente, por sí mismo, para defender el mantenimiento de unos precios de terminación para el servicio SMS A2P superiores (y por tanto artificialmente altos) a los que se aplicarían para el servicio SMS P2P.

En un contexto competitivo, en el que no existen desventajas competitivas insalvables y fuera del control de Orange y Vodafone, esta Sala considera que el diferente número de clientes de estos operadores a nivel minorista no justifica un tratamiento diferenciado de los precios de terminación de SMS, como se expone en el fundamento jurídico material cuarto.

Orange alega que se le estaría penalizando injustamente ya que Vodafone sólo pretende reducir sus costes e incrementar sus márgenes. Siguiendo esta misma línea argumental, basada sólo en los intereses comerciales particulares de cada operador, el mantenimiento de un precio superior para la terminación de los SMS originados por el servicio SMS A2P no haría sino penalizar el mayor éxito cosechado por un operador como Vodafone en la comercialización de este servicio a los clientes finales o equivalentemente “subvencionar”²⁰ a Orange por el mayor tráfico generado por un competidor, como Vodafone, más dinámico en un segmento concreto como el del servicio SMS A2P.

Dado el desequilibrio de tráfico de SMS entre Vodafone y Orange, un precio de terminación recíproco e igual a 3 céntimos de euros por SMS contribuiría a distorsionar el desarrollo de la competencia a nivel minorista ya que impondría un coste artificialmente alto a Vodafone, que es el operador más activo, de los dos, en la comercialización del servicio SMS A2P. De hecho, lejos de incentivar

²⁰ En tanto que el precio de terminación para el servicio SMS A2P sería **[CONFIDENCIAL]** en vez de **[CONFIDENCIAL]** de euro, que sería el que aplicaría al servicio SMS PSP.

que Orange reaccionara y compitiera de forma más agresiva en la comercialización de servicios A2P, este planteamiento reforzaría su estrategia actual, al garantizarle su superávit en el negocio mayorista de SMS nivel mayorista.

En este contexto, Orange no aclara por qué no está justificado que cobre menos por la terminación de estos SMS y, sin embargo, sí está justificado que Vodafone pague más (entendido nuevamente como un precio de terminación mayor al que se aplicaría al servicio SMS P2P). Por ello, el equilibrio/desequilibrio en el intercambio de tráfico, a falta de la identificación de causas exógenas que expliquen unas desventajas competitivas, no es un argumento en que basar la decisión con respecto al presente conflicto.

Por esta razón, esta Sala fundamenta su decisión en los argumentos relativos a (i) la evolución de la demanda y el ingreso medio del mercado minorista de SMS, (ii) la evolución de la demanda y el ingreso medio del mercado de terminación de SMS, y (iii) la evolución de los costes asociados a la prestación de la terminación de SMS, que se exponen en el fundamento jurídico material cuarto.

En conclusión, las diferencias entre los servicios minoristas SMS P2P y A2P (en términos de posicionamiento de los operadores, consumo de los usuarios finales y el intercambio de SMS resultantes entre las redes) no alteran los fundamentos económicos que subyacen a la prestación del servicio mayorista de terminación de SMS, que es necesario para la prestación de estos dos servicios minoristas; sólo modifican los diferentes intereses comerciales de uno y otro operador al respecto y, por ello, Vodafone y Orange no son capaces de alcanzar un acuerdo de manera voluntaria y precisan de la intervención del regulador en el marco de un conflicto de interconexión.

Por otra parte, Orange hace hincapié en la relación entre el precio que se fija en la presente resolución frente a los costes derivados de la provisión del servicio de SMS A2P. Según Orange, la fijación del precio de terminación de SMS en un nivel de **[CONFIDENCIAL]** sería insuficiente para que Orange recuperara los costes generados por cada SMS A2P.

Según Orange, al analizar en el expediente los costes del servicio, se habría excluido, de forma indebida, los costes comunes y minoristas que se pueden atribuir a la prestación del servicio SMS A2P, centrándose exclusivamente en los costes de red de la terminación de SMS.

Además, alega que los criterios de imputación de coste que expone la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de mayo de 2009²¹ (en adelante, Recomendación de los precios de terminación) no son aplicables a los servicios

²¹ Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea (2009/396/CE)

SMS A2P, al no ser bidireccionales las comunicaciones por SMS A2P, y tendrían que incluirse más costes. Al imputarlos, el precio mínimo necesario para que la prestación del servicio SMS A2P no incurriese en pérdidas sería de **[CONFIDENCIAL]** por SMS.

Partiendo del hecho de que el servicio A2P es unidireccional y asimétrico y, por tanto, el intercambio de tráfico de SMS resultante no encajaría en un contexto de acceso bilateral/bidireccional (two way access), Orange concluye que la Recomendación de los precios de terminación no es aplicable y, por tanto, debería considerarse un precio de terminación que incluyera no solo costes de red sino también los costes minoristas y costes comunes. Esto daría como resultado un coste superior al precio propuesto por la DTSA en su informe sometido a trámite de audiencia.

Esta Sala no comparte este planteamiento de Orange en virtud de los siguientes argumentos:

- Como se ha explicado, la unidireccionalidad del servicio SMS A2P no contradice, en ningún caso, el carácter bidireccional del servicio mayorista de terminación de SMS, que (i) es un input imprescindible tanto para el servicio SMS P2P como para el servicio SMS A2P y (ii) en el mercado español se presta mediante la interconexión entre los operadores móviles para estos servicios minoristas.
- Menos aún, justifica que el precio de terminación de SMS para el servicio A2P deba permitir la recuperación de parte de los costes minoristas incurridos para ofrecer el servicio SMS A2P al cliente final, que Orange aproxima mediante los costes minoristas SMS off-net (igual a **[CONFIDENCIAL]** de euro por SMS).
- El precio de terminación de 2 céntimos de euro de SMS está significativamente por encima del coste estimado para el servicio mayorista de terminación de SMS en las contabilidades de costes conforme al estándar de costes corrientes totalmente distribuidos e igual a **[CONFIDENCIAL]** de euro por SMS (para Orange en el ejercicio 2016).
- El estándar de costes de las contabilidades no es precisamente el estándar de costes que establece la Comisión Europea en la Recomendación de precios de terminación para la terminación de llamadas de voz (en concreto, el coste incremental a largo plazo ascendente –BULRIC puro).
- Bajo el estándar de costes corrientes totalmente distribuidos se asignan costes (no necesariamente) de red no incrementales a la prestación del servicio mayoristas de terminación de SMS y costes comunes. Es decir, todos los costes incurridos por Orange en la prestación de este servicio están ya imputados en la contabilidad regulatoria.

- Prueba de ello es que el precio actual de terminación **[CONFIDENCIAL]** se situaría por debajo del coste calculado por Orange para el servicio de terminación de SMS **[CONFIDENCIAL]**. Según sus estimaciones, Orange no estaría recuperando los costes en que incurre y, por tanto, generaría pérdidas por la prestación de este servicio mayorista. Este no parece un resultado creíble toda vez que es este precio lleva vigente desde agosto de 2013 y las dos partes lo acordaron de manera voluntaria. Por tanto, no sería correcto añadir los costes minoristas SMS off-net para reflejar la ausencia de este carácter bidireccional del servicio SMS A2P. En definitiva, el enfoque de Orange propone fijar el precio de un servicio mayorista, como es la terminación de los SMS originados por el servicio SMS A2P, a un nivel en torno al coste minorista del servicio SMS sin la debida fundamentación económica.

El precio de terminación que se considera apropiado para la resolución del presente conflicto no es, por tanto, un precio orientado a costes y tampoco está basado en la Recomendación de precios de terminación. Una medida de este carácter sería propia de un mercado donde se hubiera constatado la ausencia de competencia efectiva y se hubieran establecido obligaciones de carácter ex ante. Esta línea de actuación excedería del ámbito de un conflicto entre partes y, por tanto, no procede en el presente conflicto.

[CONFIDENCIAL]

QUINTO. Fecha de aplicación de los nuevos precios.

Respecto a la fecha de aplicación de este precio, la solicitud de Vodafone de que éste se aplique a todo el tráfico generado a partir del 23 de mayo de 2017 no está justificada. En sus intentos de emprender negociaciones con Orange, Vodafone no realizó ninguna propuesta que incluyera la aplicación del precio a partir de esta fecha. De hecho, el 23 de mayo de 2017 solo aparece una vez en el escrito de solicitud de intervención de Vodafone y es para indicar la fecha en la que comunicó por primera vez a Orange su voluntad de negociar nuevas condiciones para el servicio de terminación de SMS²².

Dado que la aplicación de un nuevo precio de terminación de SMS a partir del 23 de mayo de 2017 nunca formó parte de las propuestas realizadas por Orange y Vodafone no aporta ninguna causa objetiva que justifique que el nuevo precio deba entrar en vigor a partir de esa fecha, esta Sala considera que el precio de terminación de SMS de **[CONFIDENCIAL]** deberá ser de aplicación a partir de la notificación de la Resolución del presente expediente.

En sus alegaciones Vodafone muestra su disconformidad con la fecha de aplicación de los precios de terminación de SMS contenida en el informe sometido a trámite de audiencia para la bajada del precio de terminación de SMS

²² Dicha propuesta buscaba establecer el nuevo precio de terminación de SMS de **[CONFIDENCIAL]** a partir del 1 de julio de 2017.

a **[CONFIDENCIAL]**. Vodafone considera que demorar la bajada no está justificado y que sólo beneficiará a Orange, por lo que debe tener aplicación a partir de una fecha fija del año 2017 y no a partir de la notificación a las partes interesadas de la resolución del conflicto.

Según Vodafone, su solicitud de que la bajada se aplique a partir del 23 de mayo de 2017, fecha en la que este operador envió a Orange su propuesta de precios, es reflejo de las negociaciones que estos dos operadores mantuvieron en la reunión del 27 de abril de 2017.

Vodafone recuerda que esta propuesta se volvió a reiterar en el correo de 1 de julio de 2017, por lo que esta fecha también podría ser válida para la entrada en vigor de los nuevos precios de terminación de SMS. Vodafone sustenta esta alternativa en la Resolución del extinto regulador sectorial de comunicaciones electrónicas (CMT), de 22 de julio de 2010²³, en virtud de la cual resolvió la fijación de un precio mayorista basándose en que dicha fecha era posterior al inicio de las negociaciones, fácil de implementar e independiente de la fecha de notificación de la resolución.

Como tercera posibilidad Vodafone propone la fecha de interposición del conflicto, es decir, el 15 de septiembre de 2017. De nuevo, cita una Resolución de la CMT²⁴ en que se tomó como referencia la fecha de interposición del conflicto para la aplicación de la decisión.

Sobre la base de estas consideraciones, Vodafone solicita que la CNMC intervenga fijando el precio a partir alguna de las tres fechas anteriores, esto es: (i) el 23 de mayo de 2017, (ii) el 1 de julio de 2017 o (iii) el 15 de septiembre de 2017.

Frente a estas alegaciones, esta Sala considera que, con independencia de que Vodafone y Orange hubieran mantenido una reunión anterior (el 27 de abril) al envío de la primera propuesta de precios, mediante correo electrónico de Vodafone con fecha 23 de mayo de 2017, no cabe considerar esta fecha para la aplicación de los nuevos precios ya que se corresponde con la fecha en que una de las partes interesadas sólo formula su primera propuesta.

Las negociaciones se inician y se desarrollan con el objetivo de que prosperen y fructifiquen dando lugar a un resultado que resulte satisfactorio para las dos partes. En una negociación es previsible que la primera propuesta no sea

²³ Resolución de la Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones, de 22 de julio de 2010, del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822)

²⁴ Resolución de la Comisión de los Mercados de las Telecomunicaciones, de 22 de julio de 2010, del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822)

aceptada por la otra parte, a pesar de que haya habido un trabajo previo. Por esta razón, no estaría justificado que la CNMC la considerara como la fecha adecuada para la entrada en vigor de los nuevos precios.

De la misma manera que la primera propuesta no tiene por qué necesariamente ser la solución “óptima” para las dos partes, el día en que se envió un nuevo correo con esta misma propuesta (aproximadamente un mes después) tampoco debe ser la fecha a considerar para la aplicación de los nuevos precios. Puede ser, más bien, una primera indicación de lo infructuoso que el proceso de negociación estaba resultando y, sin duda, uno de los elementos de juicio a la hora de valorar si se han agotado las posibilidades de negociación (ver el Fundamento Jurídico Material tercero). Ahora bien, a falta de argumentos de naturaleza objetiva, que Vodafone no aporta, esta fecha no supone ningún cambio con respecto a primera propuesta y, por tanto, no es aceptable de cara a la resolución del presente conflicto.

En relación a las dos primeras propuestas de fecha de aplicación, es decir, a mayo y julio de 2017, cabe señalar asimismo que, si la negociación se hubiera desarrollado de manera positiva y las partes hubieran alcanzado un acuerdo, la fecha de inicio a partir de la cual se aplicaría el precio acordado no hubiera sido la fecha de inicio formal de las negociaciones ni una fecha intermedia sino probablemente el día en que se firma el acuerdo (o en su defecto el día posterior a la firma). Esta Sala no encuentra razones objetivas para modificar, en el marco del presente conflicto, la que hubiera sido la manera normal de proceder en el seno de unas negociaciones que llegan a buen fin.

Por lo que respecta a la tercera alternativa, consistente en la aplicación del nuevo precio de forma retroactiva con fecha de inicio la fecha de interposición del conflicto, esta Sala recuerda que debe valorarse la conveniencia de intervenir de manera retroactiva en los conflictos de interconexión caso por caso y que la decisión de intervenir de esta manera ha de ser proporcional a los hechos que motivan el conflicto.

Cabe mencionar también que las fechas de aplicación de las medidas tomadas por la CMT en el marco de los expedientes que cita Vodafone fueron determinadas sobre la base de los hechos particulares de cada caso. Abundando en este tema, esta Sala considera que la selección de expedientes presentadas por Vodafone en sus alegaciones obvia la existencia de numerosos expedientes cuyas resoluciones tuvieron efecto únicamente tras ser notificadas a los interesados, como son los recientes conflictos entre Dialoga Servicios Interactivos, S.A., TME y Orange²⁵ (en adelante, Conflicto Dialoga) y BT-Orange²⁶. Por consiguiente, la actuación resuelta por esta Sala en este

²⁵ 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)

²⁶ 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

procedimiento también se ajusta a resoluciones precedentes, que además son mucho más recientes que las citadas por Vodafone.

El presente conflicto, relativo a la actualización de los precios de terminación de un AGI en vigor entre dos partes como Vodafone y Orange, tiene lugar en un contexto de ausencia de regulación ex-ante y requiere de un análisis de las circunstancias concretas en que se presta el servicio de terminación de SMS para determinar si es preciso establecer un precio diferente al que está en vigor. Teniendo presente estas consideraciones, la Sala no encuentra que esté justificada la adopción de una medida en virtud de la cual los precios establecidos por vía de la resolución del presente conflicto deban resultar de aplicación con anterioridad a la fecha en que se notifique la presente Resolución.

A este respecto, cabe reiterar que Vodafone no invoca la existencia de razones objetivas que justifiquen la aplicación del nuevo precio en un momento temporal anterior, como podría por ejemplo ser el hecho de que dicha posibilidad estuviera regulatoriamente prevista o hubiera sido contemplada expresamente en el marco de las negociaciones mantenidas entre las partes, o que el servicio en cuestión tuviera un carácter novedoso que requiriera del establecimiento por primera vez de las condiciones económicas en que se debe prestar el mismo.

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

RESUELVE

UNICO.- Establecer que el precio de terminación para los SMS cursados entre Vodafone y Orange sea de **[CONFIDENCIAL]** por SMS a partir de la notificación de la presente Resolución.

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.

Telecomunicaciones, S.A.U. contra Orange Espagne, S.A. por los precios de originación móvil para llamadas gratuitas (CFT/DTSA/044/17).