

**RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE ACCESO INTERPUESTO POR
ALTERNA PROJECT MARKETING, S.L. Y EUROJUEGO STAR, S.A.
CONTRA ORANGE ESPAÑA VIRTUAL, S.L. EN RELACIÓN CON LA
SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN
ADICIONAL BASADOS EN EL ENVÍO DE MENSAJES DE TEXTO****CFT/DTSA/001/15/ALTERNA Y EUROJUEGO vs SIMYO APERTURA SMS
PREMIUM****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 28 de julio de 2016

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente relativo al conflicto de acceso con nº CFT/DTSA/001/15, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Escritos presentados por Alterna Project Marketing, S.L. y Eurojuego Star, S.A.**

Con fecha 10 de junio de 2015, se recibieron en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) dos escritos de las entidades Alterna Project Marketing, S.L. (en adelante, Alterna) y Eurojuego Star, S.A. (en adelante, Eurojuego), respectivamente, mediante los que planteaban sendos conflictos de acceso frente a Orange España Virtual, S.L., sociedad unipersonal (en adelante, Simyo), por la interrupción de la interconexión en sus redes del tráfico hacia varios números cortos para servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (en adelante, SMS Premium) de los que Alterna y Eurojuego son asignatarios, respectivamente.

En los citados escritos, ambas entidades indicaban que, en fecha de 6 de mayo de 2015, recibieron un correo electrónico remitido por el “agregador tecnológico Netsize”, en el que le informaba de que el operador móvil virtual (en adelante, OMV) Simyo dejaría de facilitar a sus clientes el acceso a servicios prestados a través de numeración SMS Premium asignada a Alterna y Eurojuego. Entre otras razones, la suspensión del servicio se justificó en que *“se han implementado diversas medidas para aprovechar las sinergias de ambas empresas [Orange y Simyo] y aplicar economías de escala, medidas éstas entre las que se encuentra la migración a Orange del core de red de Simyo”*.

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

Mediante escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, se notificó en fecha de 1 de julio de 2015 a Alterna, Simyo y Netsize España, S.L. (en adelante, Netsize) el inicio de un procedimiento, con número de expediente CFT/DTSA/001/15, para la resolución del conflicto planteado por Alterna y se les requirió determinada información.

En esa misma fecha, se comunicó a Eurojuego, Simyo y Netsize la apertura de otro procedimiento, con número de expediente CFT/DTSA/002/15, para la resolución del segundo conflicto planteado, en el que también se les requería cierta información.

TERCERO.- Escritos de Alterna y Eurojuego

Con fecha 16 de julio de 2015, en cumplimiento de los requerimientos de información señalados en el antecedente de hecho anterior, Alterna y Eurojuego remitieron un escrito cada uno a esta Comisión, en los que daban contestación y aportaban documentación sobre los extremos planteados en la solicitud de conflicto.

CUARTO.- Escrito de Netsize

Con fecha 31 de agosto de 2015, se recibieron escritos de Netsize en el ámbito de los dos expedientes abiertos aportando la información requerida sobre la relación contractual con Alterna y Eurojuego.

En dichos escritos, el operador indicaba que Netsize no mantenía ninguna relación contractual con Alterna, ni con Eurojuego ni con Simyo, sino que estos operadores suscribieron contratos con otra entidad de su mismo grupo corporativo denominada Internet Payment Exchange, S.L. (en adelante se hará referencia a esta entidad bajo la denominación de Netsize).

Del mismo modo se informaba a esta Comisión de que la relación contractual que la entidad mantenía con Simyo fue resuelta el día 26 de junio de 2015 y que ello fue debidamente comunicado a Alterna y a Eurojuego.

QUINTO.- Escrito de Simyo

Con fecha 8 de septiembre de 2015, se recibió en esta Comisión escrito de Simyo por el que daba respuesta al requerimiento de información indicado en el antecedente de hecho segundo.

En dicho escrito, Simyo señalaba que no le correspondía a él alcanzar acuerdos con Alterna y Eurojuego, sino que era Netsize (en su papel como agregador tecnológico) el encargado de realizar las tareas de intermediación, incluyendo los términos de acceso de los terceros proveedores.

SEXTO.- Acumulación de conflictos y segundos requerimientos de información a Eurojuego, Simyo, Netsize y Alterna

En fecha de 3 de noviembre de 2015, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) acordó acumular los procedimientos correspondientes a los conflictos planteados por Alterna y Eurojuego, bajo el número de expediente CFT/DTSA/001/15, habida cuenta de la íntima conexión e identidad sustancial del objeto de ambos, y se les requirió que aportasen información relativa a diversos extremos necesarios para la resolución del expediente. Este acuerdo fue notificado a todas las partes interesadas en el conflicto (acumulado).

SÉPTIMO.- Notificación a Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal, de su condición de interesado en el presente expediente y requerimiento de información

A la vista de la información remitida por los interesados, la DTSA consideró que era procedente otorgar a Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal (en adelante, Orange), la condición de interesado en el presente conflicto, dándole traslado del acuerdo adoptado en este sentido en fecha 6 de noviembre de 2015. Asimismo, se requirió al citado operador para que aportara determinada información relevante para el conocimiento de los hechos objeto del conflicto.

OCTAVO.- Escritos de Alterna y Eurojuego

Con fecha 17 de noviembre de 2015, se recibieron las contestaciones de Alterna y Eurojuego al segundo requerimiento de información remitido.

NOVENO.- Nuevo requerimiento a Netsize

Con fecha 17 de noviembre de 2015, se requirió a Netsize y a Simyo para que acreditaran de forma fehaciente la condición de representante de las personas que firmaban sus escritos de contestación.

DÉCIMO.- Escrito de Simyo

Con fecha 25 de noviembre de 2015, se recibió la contestación de Simyo al segundo requerimiento señalado en el párrafo anterior.

UNDÉCIMO.- Contestación de Orange

Con fecha 27 de noviembre de 2015, se recibió en la CNMC escrito de Orange en el que daba contestación parcial al requerimiento de información remitido en fecha de 6 de noviembre de 2015.

DUODÉCIMO.- Nuevo requerimiento a Simyo

Con fecha 21 de diciembre de 2015, se requirió de nuevo a Simyo información económica complementaria para poder constatar si los servicios SMS Premium que gestionaba les resultaban no rentables.

DECIMOTERCERO.- Nuevo requerimiento a Orange

Con fecha 17 de diciembre de 2015, se reiteró a Orange el requerimiento de información de 6 de noviembre de 2015, en los aspectos que no habían sido contestados a esta Comisión. En concreto, se pidió información sobre si los abonados de los OMV -tanto completos como prestadores de servicio- con los que Orange actúa de operador host acceden en la actualidad a la numeración SMS Premium de Alterna y de Eurojuego.

DECIMOCUARTO.- Solicitud de informe a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información

Con fecha 22 de diciembre de 2015, se solicitó a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) su opinión sobre el alcance del principio de interoperabilidad recogido en el artículo 17 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, (en adelante, Reglamento de Prestación de Servicios) y del artículo 5.7º de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, Orden ITC/308/2008) y si observaba alguna diferencia entre la aplicación de la normativa anterior a numeración de voz y a la numeración corta para la

prestación de servicios SMS Premium, que no está incluida en el Plan Nacional de Numeración Telefónica (en adelante, PNNT).

DECIMOQUINTO.- Contestación de Orange al segundo requerimiento

Con fecha 29 de diciembre de 2015, se recibió en la CNMC escrito de Orange en el que daba contestación al segundo requerimiento de información formulado con fecha 17 de diciembre de 2015 y citado en el antecedente de hecho decimotercero.

DECIMOSEXTO.- Contestación de Simyo

Con fecha 2 de febrero de 2016, se recibió la contestación de Simyo al requerimiento efectuado en diciembre de 2015, al que se refiere el antecedente de hecho duodécimo, en el que se le solicitaba la aportación de cierta información económica.

DECIMOSÉPTIMO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escritos de la Directora de la DTSA de fecha 16 de febrero de 2016, se declararon como confidenciales determinados datos y documentos aportados por los operadores a lo largo de la tramitación del procedimiento.

DECIMOCTAVO.- Nuevos escritos de Alterna

Con fechas 16 y 19 de febrero de 2016, se recibieron dos escritos de Alterna en los que comunicaba, por un lado, que otro operador, además de Simyo, tampoco le ofrece servicios SMS Premium y, por otro lado, que Simyo permite a sus usuarios acceder a servicios de tarificación adicional de voz.

DECIMONOVENO.- Informe de la SETSI

Con fecha 7 de abril de 2016 tuvo entrada en la CNMC el informe solicitado a la SETSI al que se refiere el antecedente de hecho decimocuarto.

VIGÉSIMO.- Trámite de audiencia

Con fecha 9 de junio de 2016, se remitió por la CNMC a los interesados el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA), emitido en el trámite de audiencia.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Alegaciones al trámite de audiencia

Con fechas 21 de junio, 5 y 7 de julio de 2016, se recibieron en el registro de la CNMC un escrito de Alterna y Eurojuego, otro de Orange y otro de Simyo, respectivamente, en los que formulan alegaciones al informe de audiencia emitido en el presente conflicto.

Netsize no ha presentado escrito de alegaciones.

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

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento

Este procedimiento tiene por objeto la resolución del conflicto planteado por Alterna y Eurojuego frente a Simyo en relación con la suspensión del acuerdo que permitía acceder a los clientes de Simyo al servicio de mensajes SMS Premium de Alterna y Eurojuego y en relación con la no prestación del citado servicio de acceso por medios propios o a través de terceros en la actualidad.

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

Junto con el objeto general de la CNMC, establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), y consistente en promover y garantizar el funcionamiento y la competencia efectiva en los mercados, los artículos 6.4 y 12 de dicho texto legal junto con los artículos 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) atribuyen a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel facultan a la CNMC a intervenir en las relaciones entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.

En ejercicio de sus funciones en el ámbito de la interconexión y el acceso, esta Comisión está habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para garantizar el equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar el interés general, como es el del acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionadas y basadas en criterios objetivos, en interés de todos los usuarios, lo que justifica la actuación de esta Comisión.

Por ello, y en atención a lo previsto en los artículos 5.3 y 6, en relación con el artículo 21.2 de la Ley CNMC, y en el 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 conflicto es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC (en adelante, Sala de Supervisión Regulatoria).

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Caracterización del servicio SMS Premium

Como se indicó en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), de 22 de julio de 2010¹, el servicio SMS Premium consiste en un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el cual se permite realizar el envío de mensajes de texto o mensajes multimedia que conllevan el pago por los usuarios de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento, comunicación u otros.

a) Agentes participantes en los servicios SMS Premium

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

- (i) **Proveedor de contenidos:** aquél que dispone de los contenidos solicitados por los usuarios finales y que por esta actividad no requiere estar inscrito en el Registro de Operadores de esta Comisión. Por ejemplo, un proveedor de contenidos es una productora de televisión que realiza un programa al que se pueden enviar SMS Premium con comentarios. En ocasiones, puede ser también operador de comunicaciones electrónicas, como en el supuesto del conflicto analizado, donde Eurojuego organiza sistemas de votaciones para juego.
- (ii) **Operador de almacenamiento y reenvío de mensajes o proveedor de servicios SMS Premium:** es el titular de los recursos de numeración y el encargado de proporcionar la conexión directa al centro de servicio de mensajes cortos (SMSC) de las redes públicas de telefonía móvil de los distintos operadores. Para ofrecer sus servicios a los usuarios que son clientes de un operador concreto, estas entidades necesitan llegar a un acuerdo de acceso con el citado operador. Al tener asignada numeración, son operadores de comunicaciones electrónicas y están inscritos en el Registro de Operadores de esta Comisión. En el conflicto actual, serían Alterna y Eurojuego.

¹ Resolución de 22 de julio de 2010 del conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para la prestación de servicios SMS Premium (MTZ 2009/822).

- (iii) **Operador de acceso:** operador que dispone, bien directa o indirectamente, de los elementos de red necesarios para la provisión al usuario final -cliente suyo del servicio telefónico móvil- del acceso al servicio de mensajes² y que es responsable, asimismo, de la facturación y cobro de los servicios prestados. Este operador es el encargado de encaminar los mensajes a la numeración asignada al proveedor de servicios SMS Premium en la plataforma de éste, para que el proveedor pueda prestar el servicio solicitado por el usuario final del operador móvil. En este procedimiento, Simyo, OMV completo³, sería el operador de acceso.
- (iv) **Agregador:** operador intermediario que presta servicios de plataforma tecnológica para la gestión del envío y recepción de mensajes SMS Premium. Se trata de una figura intermedia que facilita la gestión técnica del envío y recepción de los SMS Premium entre el operador de acceso y el operador de almacenamiento y reenvío. Netsize sería el agregador en el caso que se está examinando en este procedimiento.

b) Condiciones técnicas para la prestación del servicio SMS Premium

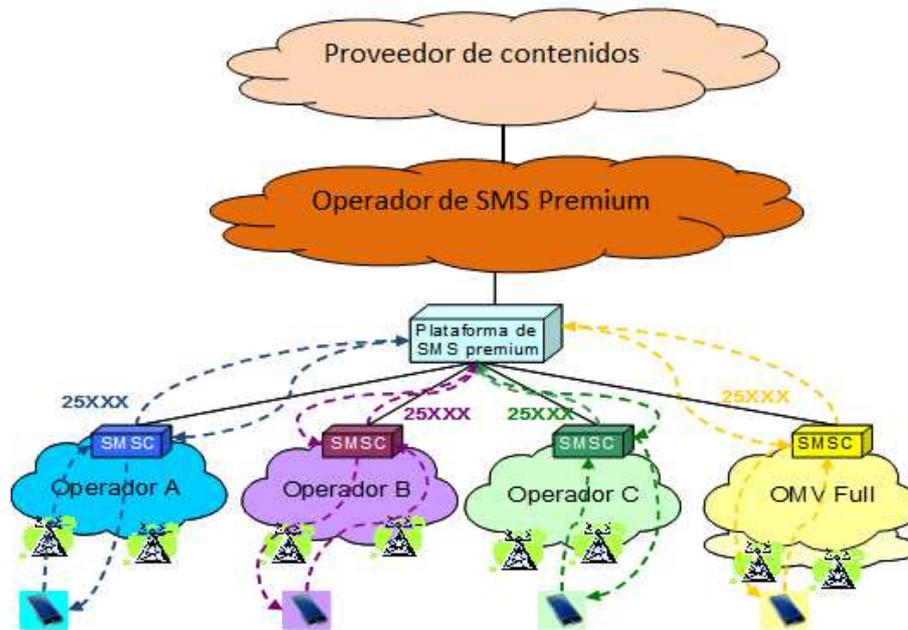
Se describe a continuación cómo técnicamente se prestan este tipo de servicios y qué interacciones son necesarias entre los distintos agentes.

Los servicios de mensajería Premium están basados en la capacidad que existe en las redes para enviar mensajes entre usuarios. No obstante el intercambio de mensajes entre los usuarios de los operadores móviles y los prestadores de servicios SMS Premium desencadena unos procesos y un encaminamiento a través de la red móvil que difieren de aquellos que se producen cuando se intercambian mensajes entre usuarios móviles.

La arquitectura de red mediante la que se presta el servicio SMS Premium conlleva que un proveedor de servicios SMS Premium deba interconectar su plataforma con la correspondiente plataforma del operador móvil (SMSC) para que los usuarios de este operador móvil puedan acceder a los servicios que el proveedor de servicios SMS Premium presta, tal como se muestra en la siguiente figura:

² Frente al abonado, el operador de acceso es el que se encarga de la provisión del servicio en su totalidad, pero éste puede prestar el servicio íntegramente a través de medios o elementos de red propios o bien subcontratando el uso de parte o todos los elementos de red a un tercero. Según la parte de red propia o de red subcontratada que tenga el operador de acceso, nos encontraremos con tres figuras: operador móvil de red, OMV completo u OMV prestador de servicio.

³ El OMV Completo es un prestador del servicio telefónico móvil disponible al público que necesita de un acuerdo de acceso con un operador móvil de red (OMR) habilitado para el uso del dominio público radioeléctrico (al que se denomina operador anfitrión o "host") para ofrecer el servicio telefónico, y que dispone de elementos de red y de numeración asignada. Como es lógico, los OMR y OMV prestadores de servicios o revendedores también pueden prestar el servicio de acceso a SMS Premium a sus clientes (usuarios finales).



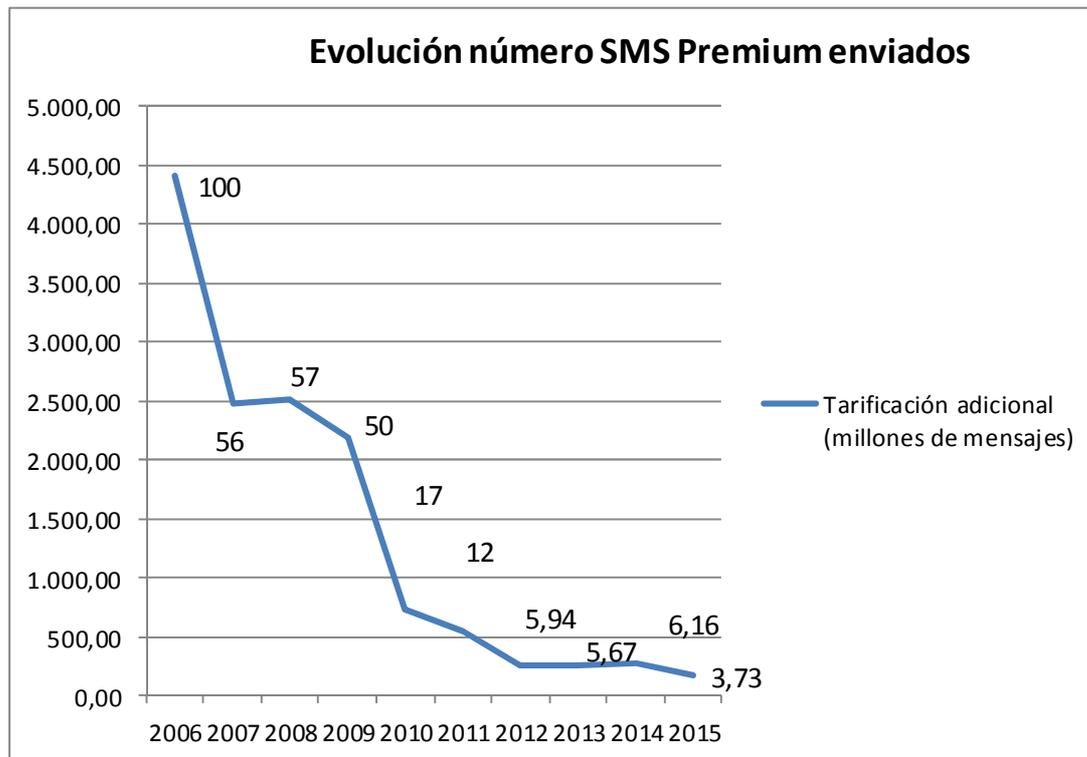
En consecuencia, para que un prestador de servicios SMS Premium pueda prestar sus servicios a todos los usuarios finales de telefonía móvil debe llegar a acuerdos con todos los operadores móviles directamente o a través de una plataforma –como era el caso del servicio que Netsize prestaba a Simyo–.

c) Evolución del mercado de servicios SMS Premium

Analizando la evolución general del mercado de servicios SMS Premium, teniendo en cuenta su volumen e ingresos, se constata que el número de SMS Premium enviados tiende claramente a la baja. En la figura siguiente, se recoge la evolución del número total de SMS Premium enviados en España (en millones de mensajes) desde el año 2006 hasta el año 2015⁴. Se incluye además para cada año el valor numérico⁵ que representa lo que supone el total de SMS Premium de cada año respecto del total de 2006.

⁴ Según datos de CNMCDATA, en el año 2014 se enviaron un total de 271,29 millones de SMS Premium, que supusieron unos ingresos de 91,25 millones de euros, mientras que en 2015 se gestionaron un total de 164,47 millones de SMS Premium-.

⁵ Índice base 100 2006.



Fuente: CNMCDATA

SEGUNDO.- Relaciones entre los interesados en el presente conflicto

El conflicto se inició por los operadores Alterna y Eurojuego⁶ frente a Simyo⁷, que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con Orange, conforme al cual presta servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales⁸.

Como se señaló en sede de antecedentes de hecho, Alterna y Eurojuego recibieron, con fecha 6 de mayo de 2015, un correo electrónico de su agregador tecnológico Netsize en el que se les informaba de que Simyo dejaría de facilitar a sus abonados, a partir del día 26 de junio de 2015, el acceso a servicios de SMS Premium, incluidos los que hasta ese momento venían prestando Alterna y Eurojuego. Netsize les comunicó que “[a] partir de esa fecha Netsize IPX desconectará las cuentas técnicas y códigos cortos activos relativos a este operador”.

Las partes afectadas por el presente conflicto son, por tanto, las siguientes:

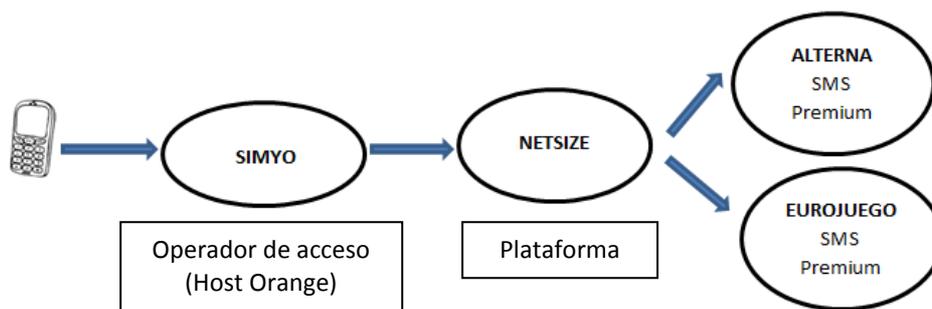
⁶ Operadores inscritos en el Registro de Operadores para, entre otros, la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes.

⁷ Inscrito como OMV Completo en el seno del exp. núm. RO 2007/422.

⁸ Simyo tiene infraestructura de red propia que garantiza la interconexión e interoperabilidad de los servicios ofrecidos, por lo que tiene derecho a la asignación de numeración propia para sus abonados móviles y un Indicativo de Red Móvil (IRM) propio. Asimismo, Simyo dispone de una infraestructura dentro de la cadena de valor, lleva a cabo la facturación al cliente final, y dispone de su propia cadena de distribución y de gestión de clientes.

- Alterna y Eurojuego, operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes y proveedores de contenidos para servicios SMS Premium,
- Netsize, que tenía suscrito un contrato de fecha 20 de junio de 2010 para prestar el servicio de agregador tecnológico a Simyo para mensajes SMS Premium que resolvió con fecha 26 de junio de 2015,
- Orange -operador host de Simyo- y
- Simyo, OMV, que desde junio de 2015 no cursa mensajes de tarificación adicional (SMS Premium), por lo que sus usuarios no pueden acceder a este tipo de servicios de ningún operador de SMS Premium.

Hasta el 26 de junio de 2015 –fecha en que finalizó la vigencia del contrato con Netsize-, las relaciones entre las partes del conflicto respondían al siguiente esquema:



Así, un usuario de Simyo que deseara remitir un SMS Premium a numeración de Alterna o Eurojuego enviaría el mensaje y Simyo a su vez lo transferiría a la plataforma de Netsize, quien se encargaría de hacerlo llegar al correspondiente operador titular de la numeración, en el ejemplo de la figura anterior a Alterna o a Eurojuego.

El conflicto se inició tras la recepción del correo de Netsize de 6 de mayo de 2015, en contestación a éste Alterna y Eurojuego remitieron un correo electrónico y un burofax con fecha 19 de mayo de 2015 a Netsize y a Simyo en el cual instaban a Simyo a continuar con la habilitación y acceso a servicios SMS Premium. Dicho correo no fue contestado.

Con fecha 10 de junio de 2015, Alterna y Eurojuego interponen sendos conflictos frente a Simyo ante la CNMC en los que solicitan que este último continúe cursando sus SMS Premium.

Asimismo, ante la falta de contestación por parte de Simyo, con fecha 13 de julio de 2015, Alterna y Eurojuego remitieron nuevamente un burofax a ese operador con objeto de que procediera a reconsiderar su decisión de no

habilitar el acceso a mensajería SMS Premium desde el día 26 de junio de 2015.

Alterna señala que *“ha solicitado directamente a Simyo que siga prestando a sus clientes la terminación de comunicaciones con destino a números cortos de tarificación adicional de la que Alterna es asignatario. Frente a esta petición, Simyo no ha respondido, por lo que entendemos que se mantiene su negativa que nos hicieron llegar a través del correo electrónico de fecha 6 de mayo de 2015”*.

Por lo tanto, se puede concluir que Alterna y Eurojuego han intentado negociar con Simyo un acuerdo para la provisión del servicio de SMS Premium sin que este último haya atendido sus peticiones.

En apoyo de su pretensión, Alterna y Eurojuego señalan, en su escrito de alegaciones al informe de audiencia, que han recibido apoyo de diferentes medios de comunicación que han mostrado interés en que los OMV abran sus redes a SMS Premium puesto que desean ofrecer a sus clientes la posibilidad de participar en concursos o votaciones, permitiendo la interactividad con el programa de que se trate en cada caso.

En este sentido y adicionalmente, Alterna y Eurojuego ponen de manifiesto que a través de esta numeración se presta soporte a la recogida de fondos para campañas de tipo benéfico. Para ellos, *“esta circunstancia pone de manifiesto la importancia de abrir una numeración (...) que, siendo pública, debe ser en principio accesible para todos los usuarios (...). Cualquier traba a la apertura de la numeración pone en peligro tanto el derecho de los usuarios a acceder a los servicios como la viabilidad económica de los servicios que se prestan a través de este recurso”* que facilita la contribución a este tipo de causas.

TERCERO.- Análisis del marco normativo aplicable y de los motivos alegados por Simyo para rescindir su contrato con Alterna y Eurojuego y soluciones en el presente caso

Corresponde analizar la aplicación de la obligación de acceso y el principio de interoperabilidad en el contexto del marco jurídico y regulación de servicios prestados a través de numeración SMS Premium y los motivos alegados por Simyo para suspender la prestación de servicios SMS Premium de Alterna y Eurojuego, y si existe un fundamento jurídico para ello.

3.1. Análisis del marco jurídico y su aplicación al presente caso: principio de interoperabilidad y obligación de acceso a los servicios SMS Premium

Los servicios SMS Premium se regulan en la Orden ITC/308/2008. Esta disposición reglamentaria impone, por un lado, en su artículo 5.7º, a los asignatarios de la numeración, una *“obligación de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al*

público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes". Esta disposición únicamente se refiere a la obligación del operador de SMS Premium frente a los usuarios finales.

Por otro lado, el artículo 8.2 de la citada Orden regula de manera muy parcial el procedimiento de apertura de la numeración de mensajes cortos de tarificación adicional, cuando recoge la necesidad de que los operadores de acceso efectúen las adaptaciones técnicas pertinentes en las redes para permitir el acceso, cuando lo faciliten, en los términos siguientes:

"2. Los recursos asignados se pondrán en servicio, al menos en una red telefónica pública de ámbito nacional, antes de que transcurran seis meses desde la fecha de asignación. En este plazo está incluido un período máximo de dos meses para que los operadores que proveen el acceso al servicio de mensajes cortos al abonado efectúen las adaptaciones técnicas pertinentes en las redes."

En consecuencia, asignada la correspondiente numeración SMS Premium a un operador, el operador de almacenamiento y reenvío de mensajes ha de remitir la solicitud de apertura y, en principio, por lo menos un operador de acceso deberá abrir la numeración para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos de texto en el plazo de dos meses desde que recibió la notificación del asignatario. Sin embargo, la Orden ITC/308/2008 únicamente enfoca la necesaria apertura de la red desde la perspectiva del operador de almacenamiento y reenvío de mensajes, cuando la responsabilidad última de abrir una red pública de comunicaciones electrónicas a esos servicios no recae en ese operador.

Por otra parte, en el marco del procedimiento se planteó a la SETSI una consulta sobre su valoración de la apertura de la numeración SMS Premium a la luz del principio de interoperabilidad consagrado en el artículo 17 del Reglamento de Prestación de Servicios y del artículo 5.7º de la Orden ITC/308/2008. En su respuesta, la SETSI señaló lo siguiente:

"la numeración habilitada para la prestación de servicios de mensajes por la Orden ITC 308/2008, (...) constituye recursos públicos de numeración que son independientes del Plan Nacional de Numeración Telefónica aprobado por el Reglamento MAN y, por lo tanto, su utilización está supeditada a las instrucciones recogidas en dicha orden. En particular, en su apartado 5.7, establece que los titulares de números pertenecientes a los rangos de numeración identificados para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes tendrán la obligación de permitir el acceso a sus servicios a los abonados de los operadores del servicio telefónico disponible al público cuando estos operadores así lo soliciten, en las condiciones que se acuerden entre las partes."

En conclusión, interpretamos que, desde la esfera de la planificación y la gestión de recursos de numeración, es el prestador del servicio telefónico disponible al público el que tiene la potestad de solicitar el acceso de sus

abonados al titular de la numeración habilitada para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, sin que pueda entenderse dicha potestad como una obligación”.

Al margen de lo anterior –en la esfera de gestión de recursos de numeración según los principios establecidos en la Orden ITC/308/2008-, esta regulación específica ha de conjugarse con la regulación de las condiciones generales de los operadores, del uso de los recursos de numeración y de protección al consumidor.

En concreto, en el ámbito del conflicto han de analizarse las obligaciones de interoperabilidad previstas en los artículos 3 de la LGTel y 17, apartados c) y d), del Reglamento de Prestación de Servicios. Así, la LGTel establece, en su artículo 3, letras c), f) y j), la conectividad y la interoperabilidad de los servicios extremo a extremo, como un principio a promover con el objetivo de que los usuarios finales puedan tener un acceso lo más amplio posible a servicios de comunicaciones electrónicas de su elección, en condiciones de igualdad y no discriminación. A ese fin van encaminados los principios de fomento eficiente de la competencia en infraestructuras, cuando es posible, y su innovación.

Para la consecución de estos fines, la letra c) del artículo 17 del Reglamento de Prestación de Servicios establece la obligación, a la que se hallan sujetos todos los operadores de comunicaciones electrónicas con independencia de la red o servicio que pretendan explotar o prestar, relativa a “*garantizar la interoperabilidad de los servicios*”, y a su vez la letra d) del mismo artículo obliga a garantizar “*a los usuarios finales la accesibilidad de los números (...) de conformidad con lo recogido en los correspondientes planes nacionales*”.

Por otro lado, la delimitación de las obligaciones de interoperabilidad y apertura de la numeración deberán considerarse a la luz de las previsiones del artículo 19.11 de la LGTel, en el que se introduce la obligación de los operadores de adoptar también las medidas necesarias para facilitar el acceso por los usuarios a números no geográficos en la Unión Europea, salvo que concurran impedimentos de carácter técnico o económico⁹.

Este artículo establece que “*los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público, siempre que sea técnica y económicamente posible, adoptarán las medidas que sean necesarias para que los usuarios finales puedan tener acceso a los servicios utilizando números no geográficos en la Unión Europea (...)*”.

⁹ Entre estos impedimentos, podrían incluirse no solo imposibilidades derivadas de la falta de infraestructura de red (puramente técnicas), sino también la existencia de comportamientos irregulares o fraudulentos de los operadores de tarificación adicional que ocasionasen daños en las redes y perjuicios económicos.

La anterior disposición transpone el artículo 28.1 de la DSU¹⁰, que prevé:

1. *“Los Estados miembros velarán, cuando sea técnica y económicamente posible y excepto si el abonado llamado hubiera decidido por motivos comerciales limitar el acceso de quienes efectúan llamadas desde determinadas zonas geográficas, por que las autoridades nacionales competentes tomen todas las medidas necesarias para que los usuarios finales puedan:*

a) tener acceso y recurrir a los servicios utilizando números no geográficos en la Comunidad.

b) (...).”

Esta es la interpretación del artículo 28.1 de la DSU que sostiene la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de abril de 2016¹¹, cuando considera que los artículos 5.1 y 8.3 de la DA¹², en aplicación del artículo 28.1 de la DSU, deben interpretarse en el sentido de que permiten a una Autoridad Nacional de Reglamentación, en el marco de un conflicto entre operadores, imponer la obligación de apertura de numeración no geográfica del propio Estado, imponer obligaciones tarifarias comparables a las contempladas en el artículo 13.1 de la DA¹³ y exigir la modificación de un contrato, si concurren determinadas circunstancias –basadas en la naturaleza del problema constatado, los objetivos regulatorios aplicables, y en criterios de proporcionalidad, necesidad y no discriminación-, para garantizar que los usuarios finales puedan tener acceso a los servicios utilizando números no geográficos en la Unión.

En consecuencia, en virtud del artículo 28.1 de la DSU y, por tanto, su transposición en el artículo 19.11 de la LGTel, puede conminarse a un operador a la apertura de una determinada numeración no geográfica.

Por otro lado, analizando la aplicación que se ha llevado a cabo del marco regulatorio sectorial –de la fundamentación existente de carácter jurídico que permita a los operadores de acceso no prestar estos servicios-, como se indicó

¹⁰ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, DSU).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de abril de 2016 (asunto C-397/14) (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy — Polonia). En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de septiembre de 2015 (asunto C-85/14) (petición de decisión prejudicial KPN BV - Autoriteit Consument en Markt).

¹² Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en adelante, DA).

¹³ El artículo 13.1 de la DA se refiere a las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes que se pueden imponer en el procedimiento de análisis de mercados a un operador con peso significativo en un mercado específico.

en la Resolución de la CMT de 9 de octubre de 2007¹⁴, el principio de interoperabilidad garantiza que todos los usuarios de un operador puedan comunicarse entre ellos y con todos los usuarios de los demás operadores, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado. Con ello, se obtiene un mayor beneficio para los usuarios, que pueden acceder así a las distintas ofertas disponibles en el mercado.

De esta manera, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes, y los operadores de red, por su parte, no pueden negarse a permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por operadores de servicios que así lo soliciten¹⁵.

En este contexto, el artículo 12.5 de la LGTel faculta a la CNMC a que, en consideración a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la misma ley, intervenga cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad en defensa del interés público.

En conclusión, teniendo en cuenta las previsiones anteriores se puede afirmar que el actual marco jurídico no recoge ineludiblemente la obligación de que el operador de acceso abra su red para que sus clientes puedan mandar mensajes SMS Premium, más allá de la existencia del principio general de interoperabilidad de los servicios. Sin embargo, la Orden reguladora de estos servicios (artículo 8.2 de la Orden ITC/308/2008) sí contempla claramente la obligación para los operadores proveedores de servicios SMS Premium de poner en servicio estos números al menos en una red antes de que transcurran seis meses desde la asignación, y no queda claro cómo se daría cumplimiento a esta obligación si todos los operadores de acceso se negaran a abrir su red para estos servicios.

¹⁴ Resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Editateide, S.L. frente a Esto es ONO, S.A.U. sobre el acceso de los abonados de este último al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de Editateide, S.L. (RO 2006/717).

¹⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Supervisión Regulatoria en las siguientes resoluciones: Acuerdo de la CNMC de 16 de abril de 2015, por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A.U. en relación con el acceso a redes y la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas (CNS/DTSA/2031/14/VODAFONE ACCESO E INTEROPERABILIDAD); Resolución de 25 de julio de 2015 por la que se pone fin al conflicto interpuesto por Litra, S.L. contra Orange Espagne, S.A. unipersonal en relación con la apertura del número 11829 en la red de este último (CFT/DTSA/1440/14/LITRA – ORANGE DENEGACIÓN APERTURA 11829); Resolución de 5 de noviembre de 2015 del conflicto interpuesto por Infónica, S.L. contra Vodafone España, S.A.U. en relación con la apertura del número 11895 en la red de este último (CFT/DTSA/1892/14/INFÓNICA VS VODAFONE DENEGACIÓN APERTURA 11895), y Resolución de 17 de diciembre de 2015 del conflicto interpuesto por Fulltime Networks Limited contra Orange Espagne, S.A. y Vodafone España, S.A. en relación con la apertura del número 11894 en la red de estos últimos (CFT/DTSA/324/15/FULLTIME VS ORANGE/VODAFONE APERTURA 11894).

Por otro lado, a nivel legal y reglamentario todos los operadores de red tienen una obligación de interoperabilidad.

Por tanto, se hace necesario el encaje de las anteriores disposiciones con una interpretación unitaria a la búsqueda de la consecución de los objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, y, en último término, del interés público (artículo 12.5 de la LGTel). Siguiendo las previsiones de la LGTel, ese encaje corresponde a la CNMC mediante la intervención en vía de conflicto para el fomento y garantía del acceso y la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

Como se ha analizado con anterioridad, el artículo 19.11 de la LGTel ofrece a estos efectos una solución integradora que permite encajar las mencionadas disposiciones: la denegación de la apertura de la red no puede ser absoluta puesto que va en contra de los principios y obligaciones generales de interoperabilidad. Según Simyo, existen razones técnicas y económicas que justifican la aplicación de la excepción prevista en el artículo 19.11 de la LGTel en el presente supuesto.

Ante la falta de apertura de numeración SMS Premium deben examinarse las circunstancias concretas del caso para determinar si existen razones técnicas y económicas que justifiquen una denegación de acceso.

3.2. Análisis de los motivos alegados de carácter técnico

i) Sobre la suspensión de la prestación del servicio SMS Premium con motivo de la integración de Simyo en el Grupo Orange

Hasta junio de 2015, Simyo ofrecía a sus abonados acceso a los servicios SMS Premium a través de la plataforma de Netsize, al no contar con la infraestructura técnica propia necesaria para la gestión de los mensajes SMS Premium.

Según indica Simyo, *“únicamente [Simyo] venía obligada a facilitar los datos técnicos necesarios (...) además de cumplir con sus obligaciones como operador de acceso de cara a los abonados (facturación, derecho de desconexión, etc.), correspondiendo a Netsize todas las tareas de intermediación en la transmisión y pago de mensajes SMS Premium, incluyendo la negociación de los términos de acceso de los terceros proveedores de contenido/servicios”*.

Simyo manifiesta que no mantenía ninguna relación directa con Alterna o Eurojuego, sino que se realizaba de forma indirecta a través de Netsize *“sin facultad alguna para decidir o condicionar siquiera los términos de la relación entre Netsize”* y Alterna, Eurojuego o cualquier otro prestador de servicios a través de numeración SMS Premium.

Asimismo, señala que como consecuencia de que pasó a estar íntegramente participada por Orange¹⁶, “en el último año se han implementado diversas medidas para aprovechar las sinergias de ambas empresas y aplicar economías de escala, medidas estas entre las que se encuentra la migración a Orange del core de red de Simyo. Esta migración supone, (...), que Simyo ha pasado a utilizar la infraestructura SMSC de Orange, lo que impedía técnicamente mantener en vigor el contrato con Netsize pues se requería una nueva integración de la solución OPCS con otro SMSC distinto”. Según Simyo, “Orange no puede acordar integraciones particulares con soluciones de terceros que puedan poner en riesgo la prestación de servicios al resto de OMV”.

A la vista de las dificultades surgidas a raíz de la integración de Simyo en la plataforma de Orange¹⁷, Simyo acordó con Netsize no renovar el contrato suscrito entre ellos y darlo por finalizado con fecha efectiva a partir del día 26 de junio de 2015, y así se comunicó en tiempo y forma a Alterna y Eurojuego.

Según indica Simyo, debido a los cambios en la configuración técnica de su plataforma al integrarse en Orange y la rescisión del contrato con Netsize ha dejado de contar con la infraestructura técnica necesaria (propia o subcontratada) para poder llevar a cabo la gestión y tarificación de servicios de SMS Premium y, en consecuencia, actualmente no puede prestar ese servicio, no sólo a Alterna y Eurojuego, sino a ningún otro operador titular de numeración SMS Premium.

Sin embargo, Orange reconoció mediante escrito aportado al presente procedimiento¹⁸ que si bien debido a razones técnicas y de incompatibilidad con un proceso técnico en curso –que no ha explicado-, no se pudieron llevar a cabo los análisis relativos a la posibilidad de integrar una solución SMS Premium para Simyo, los condicionantes que bloqueaban entonces la viabilidad de la solicitud habían sido solucionados, por lo que Orange indicaba que “Simyo puede solicitarlo nuevamente cuando así lo estime oportuno”.

Simyo solicitó a Orange en el mes de febrero de 2016 un análisis de la viabilidad y valoración de la solución que le permitiera conocer el posible coste de implementación de este proceso. Orange no ha realizado el análisis todavía, según señala (análisis que sigue pendiente, según su último escrito de alegaciones), por los siguientes motivos:

- a) En febrero quedaban *“pendientes de resolución diversos aspectos de la migración del core de red a ese proveedor”*.

¹⁶ La declaración de Orange como socio único de Simyo se realizó en escritura otorgada en Madrid el día 14 de diciembre de 2012 (BORME 28 de diciembre de 2012).

¹⁷ Según los datos obrantes en poder de la CNMC, esta integración se produjo en febrero de 2010.

¹⁸ Escrito de fecha 29 de diciembre de 2015, contestación a un requerimiento de información.

- b) Y posteriormente, a pesar de que Simyo emplea ahora los sistemas de soporte y de gestión de red (OSS) de Orange –por tanto, se entiende que ya se ha producido la migración a su red-, los sistemas que dan soporte al negocio (BSS) de Simyo que se encargan de facturación, gestión de clientes, etc. se mantienen diferenciados. Por ello, según Orange, *“no es posible habilitarle acceso a los servicios de SMS Premium sin trabajos previos para ello”*.

Ante esta situación, en junio de 2016 Simyo ha reiterado a Orange su petición de valoración de la solución.

Orange anuncia en su último escrito que remitirá a Simyo el análisis tan pronto esté disponible para poder iniciar, en su caso, los trabajos necesarios pero que éstos no comenzarán hasta que Simyo acepte la solución que le ofrezca Orange.

Por otra parte, Orange indica que ningún otro OMV ha manifestado interés en la implementación de un acceso para sus usuarios a los servicios de SMS Premium.

En relación con la afirmación anterior, se considera conveniente matizar que, aunque Orange no actúa como plataforma para los SMS Premium, al menos **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**, a los que presta servicios como host, ofrecen en la actualidad estos servicios a sus abonados **INICIO CONFIDENCIAL [] FIN CONFIDENCIAL**.

De todo lo anterior se desprende que la imposibilidad técnica de seguir ofreciendo acceso a numeración SMS Premium se debió, en primer término, a una rescisión unilateral de un contrato –posteriormente se analizará la justificación económica de Simyo para adoptar dicha decisión-, y a una falta de interés por parte de Simyo en seguir prestando el servicio de acceso a esta numeración. Simyo podía haber solicitado este servicio a Orange durante el periodo de integración en esta compañía con anterioridad a rescindir el contrato con Netsize.

Por otro lado, la decisión de Orange que modificó la configuración de Simyo impidió que éste continuara prestando el servicio de SMS Premium a sus clientes, sin que el OMR previera una alternativa –al menos, temporal- hasta que se solucionaran los problemas de integración de las dos plataformas –que durarían 6 meses, a partir de las propias declaraciones de Orange y Simyo¹⁹-; y sin que Simyo solicitase esta alternativa.

Desde una perspectiva competitiva, si bien la contratación del servicio telefónico móvil por un abonado no se basa principalmente en si presta o no

¹⁹ Plazo transcurrido desde junio, fecha en la que Netsize resuelve su contrato con Simyo, hasta diciembre, fecha a partir de la cual Orange declara que ya puede ofrecer la solución técnica para servicios SMS Premium a Simyo.

acceso a numeración SMS Premium, con carácter general los OMR deben ofrecer un conjunto de servicios a nivel mayorista que permitan al OMV competir en el nivel minorista en igualdad de condiciones y no obstaculizar esa prestación. Esto es, Simyo debe poder acceder a unos medios facilitados en condiciones técnica y económicamente razonables para ofrecer estos servicios a sus usuarios del servicio telefónico móvil.

ii) Sobre la alegación de Simyo de que no debe considerársele “operador de red” a los efectos de los servicios SMS Premium

Adicionalmente a lo analizado en el subapartado anterior, Simyo alega que la obligación de apertura de la numeración no le sería de aplicación al no contar con los elementos de red que se requieren para proporcionar acceso a los usuarios, es decir, al no encajar en la definición de “Operador de acceso” en el contexto de la descripción de las figuras intervinientes en la prestación de servicios SMS Premium.

Esta figura se definió por la CMT, tal y como ya se ha señalado en el Fundamento Jurídico-material Primero, en la Resolución de fecha 22 de julio de 2010, en los siguientes términos:

“(iii) Operador de acceso: operador que dispone de los elementos de red necesarios para la provisión al usuario final del acceso al servicio de mensajes y que es responsable, asimismo, de la facturación y cobro de los servicios prestados. (.....)”.

Simyo presta el servicio telefónico móvil como OMV completo²⁰. Al igual que los OMR, un OMV completo provee al usuario final –como operador de acceso de dicho usuario final- el servicio telefónico móvil (voz/datos/SMS), dispone de numeración propia asignada por esta Comisión y es responsable a su vez de la facturación y cobro de los servicios prestados. La única diferencia entre Simyo y un OMR es que el primero necesita de un acuerdo con un operador habilitado para el uso del dominio público radioeléctrico²¹.

El hecho de que Simyo decida disponer de parte de los elementos de su red de forma indirecta (mediante la subcontratación a un tercero, en este caso el servicio que prestaba Netsize) no afecta a su consideración como operador de acceso ni como prestador del STDP móvil, sometido a las condiciones del Reglamento de Prestación de Servicios para esta figura. Simyo puede elegir un modelo en el que la parte de gestión técnica de los SMS Premium se realice a

²⁰ Se inscribió en el Registro de Operadores con fecha 7 de mayo de 2007 (expediente RO 2007/422) con la denominación E-Plus Móviles Virtuales España, S.L. Unipersonal.

²¹ Los OMV completos tienen reconocido el derecho a la asignación de recursos públicos de numeración del Plan Nacional de Numeración pertenecientes a los rangos correspondientes a los servicios de comunicaciones móviles y a la asignación del código de red móvil (MNC), y de aquellos recursos públicos de numeración necesarios para el establecimiento y explotación de la red que soporta el servicio, pero no se les reconoce el derecho a obtener reserva de frecuencias radioeléctricas para el acceso a los abonados.

través de la plataforma de un tercero, pero sin que esta elección delimite sus obligaciones ni elimine su condición de operador de acceso.

iii) Conclusiones sobre la concurrencia de motivos técnicos

En conclusión, la Sala de Supervisión Regulatoria entiende que Simyo se encontró con la imposibilidad técnica de prestar el servicio SMS Premium a sus abonados a partir de su integración en la red del Grupo Orange. Por lo que ha podido analizarse durante la instrucción del expediente, esta imposibilidad vino motivada, por un lado, por su falta de antelación para solicitar una alternativa tras la rescisión de su contrato con Netsize –motivada a su vez en su ausencia de interés en continuar prestando este servicio- y, por otro lado, en la falta de previsión de Orange ante este proceso de integración.

Sin embargo, se entiende que en la actualidad no existen razones técnicas que soporten la negativa de Simyo a ofrecer a sus abonados el acceso a los servicios de SMS Premium de Alterna y Eurojuego puesto que Orange ya ha puesto a disposición de Simyo una solución técnica para prestar el servicio, si bien sujeta a negociación entre las partes.

3.3. Análisis de los motivos alegados de carácter económico

Simyo señala que el servicio de SMS Premium le producía pérdidas. A continuación se explica el modelo económico entre Simyo y Netsize y las razones alegadas por aquél.

El negocio mayorista de SMS Premium entre las partes en conflicto se configuraba bajo la forma de *revenue sharing*²². Bajo este modelo, Simyo recaudaba el 100% del importe facturado al cliente final (usuario de los mensajes con valor añadido). **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL** y Netsize facturaba a Simyo por dos conceptos:

1. Infraestructura técnica necesaria **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**.
2. Provisión de contenidos/servicios vía SMS Premium: **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**.

Siguiendo el modelo anterior, a modo de ejemplo, el ingreso de un SMS Premium de tarifa igual a 1,2€ facturado por Simyo (sin incluir IVA/IGIC) a sus clientes, se distribuiría de la siguiente manera: **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**

²² Compartición de ingresos

Bajo el esquema de negocio anterior, y considerando todos los ingresos y costes anteriores como variables (solo se producen si se envía un mensaje), el negocio del SMS Premium no podría ser deficitario.

Sin embargo, declara y justifica Simyo que a los importes anteriores había que añadir un pago mínimo garantizado mensual por parte de Simyo a Netsize, que no dependía en ningún caso del número de mensajes SMS Premium cursados, del mayor de los siguientes importes **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**. Teniendo esto en cuenta, cuando el número de mensajes disminuía **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO [] FIN CONFIDENCIAL** con la consiguiente bajada de ingresos, el servicio dejaba de ser económicamente rentable para Simyo pues no permitía cubrir el pago mínimo garantizado **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**.

La cláusula de pago mínimo garantizado formaba parte del contrato firmado entre Netsize y Simyo y se facturaba mensualmente por aquél. **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**. Simyo aclara que *“podía darse la situación (como efectivamente luego así ha sucedido), en la que los ingresos facturados a abonados fuesen inferiores a los costes de prestación del servicio, originando de esta forma pérdidas para Simyo”*.

Por esta razón y tras una fuerte contracción de ingresos debido a la disminución del número de SMS Premium contratados por los usuarios de Simyo, las partes renegociaron en abril de 2014 una reducción significativa del importe mínimo mensual garantizado²³. Sin embargo, según declara Simyo, esta disminución del importe *“ha demostrado ser insuficiente, como demuestran los datos del mercado”*.

La siguiente tabla muestra la evolución declarada por Simyo de ingresos y gastos de este servicio agregados por trimestres desde principios de 2014 hasta mayo de 2015 **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO [] FIN CONFIDENCIAL**

Con respecto a la tabla anterior, según señala Simyo, la fila de ingresos recoge la facturación íntegra emitida por los servicios de SMS Premium. En cambio, la fila de costes solo incluye los importes derivados del contrato de servicios suscrito entre Simyo y Netsize. Se excluyen otros costes (operacionales, de red,...) asociados a la prestación del servicio. Su inclusión causaría un empeoramiento del margen que no se puede cuantificar con la información disponible.

²³ Hasta abril de 2013 el pago mínimo garantizado era de **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO Y NETSIZE [] FIN CONFIDENCIAL**.

Por tanto, a juicio de Simyo existieron también razones económicas que justificaron la rescisión del contrato firmado con Netsize y su negativa a abrir su red a los SMS Premium.

En opinión de la Sala de Supervisión Regulatoria, los datos aportados por Simyo evidencian que efectivamente hubo un déficit para este operador en el servicio de SMS Premium desde diciembre de 2014, debido a las condiciones económicas establecidas en el contrato entre Simyo y Netsize, aplicables en un entorno de menor demanda del servicio SMS Premium **INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA SIMYO [] FIN CONFIDENCIAL.**

Por ello, esta Sala ve aplicable la excepción recogida en el artículo 19.11 de la LGTel, por existir razones económicas que justificaron la decisión adoptada. No obstante, este tipo de decisiones, asimilables a una retirada repentina del acceso, producen graves consecuencias para el asignatario de la numeración (Alternativa y Eurojuego), puesto que deja de ser posible la prestación del servicio de acceso a su numeración SMS Premium –a los clientes de Simyo, en este caso.

Simyo tiene ahora la posibilidad de firmar un acuerdo con Orange para que este último actúe como plataforma de servicios SMS Premium. Por tanto, ambas empresas están actualmente en disposición de alcanzar un acuerdo que permita la viabilidad económica del proyecto a la mayor brevedad. Esto es, no se han analizado los condicionantes económicos de la prestación de este servicio con Orange y, dado el tiempo transcurrido y las consecuencias que ha tenido en Alternativa y Eurojuego la rescisión del contrato con Netsize, se impone la necesidad de un plazo breve para que las partes negocien con celeridad la solución técnica necesaria para implementar la plataforma necesaria para la prestación del servicio de acceso a la numeración SMS Premium de Alternativa y Eurojuego.

3.5. Conclusiones

Analizados los hechos que concurren en el presente caso, la regulación existente y las razones alegadas por Simyo para justificar la no prestación del servicio SMS Premium, la Sala de Supervisión Regulatoria considera que, en el contexto actual, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- i) Si bien sí podría considerarse que existió una imposibilidad técnica para prestar el servicio tras la integración de Simyo en Orange, dado que éste no le ofreció la solución tecnológica necesaria para la prestación del servicio –aunque Simyo tampoco la solicitó, aspecto que es fundamental para la valoración de la actuación comercial de ambas compañías-, ha de entenderse que ésta ya no existe actualmente una vez que Orange ha confirmado la posibilidad de gestionar este servicio a través de su infraestructura aunque todavía no haya realizado una oferta concreta a Simyo para ello.

- ii) Por otro lado, la rescisión del contrato con Netsize se entiende que fue justificada a la luz del artículo 19.11 de la LGTel, por falta de rentabilidad económica. No puede llevarse a cabo una valoración de los términos económicos de un acuerdo entre Orange y Simyo para este acceso, toda vez que las partes aún no han negociado sobre estos extremos y este organismo únicamente intervendrá en caso de conflicto.
- iii) Dado el plazo transcurrido y las consecuencias que sobre Alterna y Eurojuego tiene el retraso en la puesta a disposición del servicio solicitado, se impone la necesidad de establecer un plazo de un mes en el que Simyo y Orange negocien para la consecución de dicho acuerdo.
- iv) Posteriormente, al prestarse ahora el servicio de acceso sin la intermediación de la plataforma de Netsize, Simyo tendrá que ofrecer el servicio directamente a Alterna y Eurojuego. Debido a la relevancia que tiene para los asignatarios de la numeración la restitución del servicio de acceso, se hace necesario establecer un plazo de 15 días desde la firma del contrato entre Orange y Simyo, al que se refiere el apartado anterior, para que Simyo negocie los citados contratos con Alterna y Eurojuego – en el citado plazo de 15 días, Simyo tendrá que someter su oferta a la valoración de Alterna y Eurojuego-.

3.6. Alegaciones al trámite de audiencia

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Simyo solicita que se le otorgue un plazo para que Orange presente su oferta de implantación de los SMS Premium y acreditar, en su caso, la falta de rentabilidad del servicio con carácter previo a la elevación de propuesta a la Sala de Supervisión Regulatoria. Orange por su parte, pide que el plazo de un mes propuesto en el informe de audiencia para negociar se compute desde el momento en que Simyo disponga de toda la información necesaria acerca de la implementación de la solución y sus costes.

Para el caso de que acredite la falta de rentabilidad del servicio, Simyo considera que se debería proponer a la Sala de Supervisión Regulatoria que reconociese la exención prevista en el artículo 19.11 de la LGTel y, consiguientemente, se resolviera el conflicto manteniendo la situación actual de falta de apertura.

En relación con las alegaciones anteriores, es necesario destacar que los primeros escritos remitidos por Alterna y Eurojuego a Simyo para tratar de negociar la apertura de la numeración SMS Premium en la red de este último se remitieron el 19 de mayo de 2015. En diciembre de 2015, Orange y Simyo ya conocían los cambios que tendrían que llevar a cabo en sus redes para integrar a este último en el “core” de la primera. A pesar de que en febrero Simyo solicitó que Orange le ofreciera una solución técnica y económica

concreta que le posibilitara la apertura de su red a los SMS Premium, su operador host ha seguido dilatando durante seis meses la presentación de una oferta a Simyo.

Los hechos anteriores ponen de manifiesto una clara falta de voluntad de Simyo y de Orange para negociar y alcanzar una solución al conflicto planteado. Por lo tanto, deben rechazarse las alegaciones relativas a una ampliación de plazo para que Orange elabore la solución que permita a Simyo ofrecer el servicio de SMS Premium a Alterna y Eurojuego por haber tenido plazo más que suficiente para realizarla sin que esto haya sucedido.

Tampoco se considera necesario esperar a tener la oferta económica –que Simyo presume que demostrará la falta de rentabilidad del servicio- para dictar la resolución porque la instrucción de los procedimientos administrativos no se suspende en virtud de las negociaciones que lleven a cabo las partes (vid artículo 42.5 de la LRJPAC) y no puede quedar al arbitrio de uno de los interesados ni el plazo de resolución de un conflicto ni el plazo de apertura de la numeración SMS Premium en su red. En cualquier caso, esta resolución no se pronuncia sobre la oferta económica pues no ha habido negociación a ese respecto. En caso de discrepancias, las partes podrán razonarlas en caso necesario ante este organismo.

Alterna y Eurojuego manifiestan su preocupación por si, mediante una oferta de Orange de una plataforma “cara”, se hace inviable la apertura de determinada numeración Premium. Para estos operadores, Orange estaría abusando de su posición de dominio como operador de red móvil, tanto respecto de Simyo como de Alterna o Eurojuego.

Por ello proponen que se considere incluir en la resolución una manifestación que refleje lo siguiente: *“es importante tener en cuenta que, en el caso concreto, la plataforma que Orange ofrezca a Simyo está pensada para permitir la apertura de numeración Premium de terceros operadores, de manera que la solución mayorista de Orange no suponga un obstáculo económico para aquellos”*.

Estos operadores apuntan a la principal preocupación de esta Sala en el presente expediente, pues durante toda la tramitación del procedimiento Simyo y Orange han mostrado falta de interés en encontrar una solución que satisficiera a las tres partes. En este sentido, será determinante que Orange, en cuanto que operador de red móvil que alberga a Simyo como OMV, presente una oferta razonable que permita la prestación de estos servicios a Simyo, sobre todo teniendo en cuenta que el conflicto tiene su origen en la decisión de integrar a este operador en el core de la red de Orange.

Simyo ha dado a entender que la nueva solución técnica no le permite acudir a otras plataformas como hasta ahora. Esta limitación supondrá una mayor exigencia para Orange que no deberá crear barreras de entrada a un OMV que

por su vinculación se haya más limitado a la hora de buscar soluciones fuera del grupo empresarial.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

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

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

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.