



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 12/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de abril de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2007/448), se aprueba la

RESOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA CUAL SE DESESTIMA LA PRETENSIÓN DE BSER SOLUTIONS, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL EN EL CONFLICTO DE ACCESO PRESENTADO CONTRA VODAFONE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA, POR FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de BSER SOLUTIONS, sociedad limitada unipersonal (en adelante, "BSER"), en virtud del cual se plantea conflicto de acceso frente a Vodafone España, sociedad anónima (en lo sucesivo, "VODAFONE"), en relación con determinados problemas surgidos en el seno de la relación contractual existente entre ambas operadoras.

BSER señala, en este sentido, que VODAFONE ha modificado verbalmente los acuerdos comerciales inicialmente pactados para la prestación de servicios de reventa de servicio telefónico, y estas modificaciones verbales de las condiciones o cláusulas comerciales inicialmente acordadas les están llevando a una *"clara situación de desventaja contra los abusivos requerimientos de VODAFONE"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el mencionado escrito, BSER alega, principalmente, lo siguiente:

- La referida entidad figura inscrita en el Registro de operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas como persona autorizada para la realización de las siguientes actividades:
 - Explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (RLAN-WIFI).
 - Reventa del servicio telefónico fijo.
 - Operador móvil virtual prestador de servicio.
 - Proveedor de acceso a Internet.
 - Servicio telefónico sobre redes de datos en interoperatividad con el servicio telefónico disponible al público.
 - Telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios.

- Con fecha 10 de enero de 2007, BSER suscribió con VODAFONE un contrato cuyo objeto es la reventa del servicio telefónico móvil, con una duración de 18 meses. En el mismo se establece una penalización de 150 euros por cancelación anticipada del contrato.

- Antes de pedir el alta de las líneas, BSER notificó de forma verbal y por correo electrónico al grupo Lidertel, distribuidor autorizado de VODAFONE, los servicios que iba a prestar.

- Con posterioridad, a través del grupo Lidertel, BSER contrató 235 líneas, con un consumo mínimo de 25 euros, llamadas gratis entre los teléfonos contratados y un destino nacional gratis (número favorito). A tal efecto, BSER tuvo que hacer efectivo el pago de una aval de 3.000 euros.

- BSER ha firmado distintos contratos con sus clientes para que éstos puedan hacer uso de sus líneas.

- Desde mediados del mes de marzo de 2007 ningún distribuidor autorizado de VODAFONE les amplía las líneas, argumentándose, a tal efecto, que les estaban pasando a grandes cuentas.

- El 4 de abril de 2007 reciben una llamada de D. Javier Arberas, representante de la Unidad de Negocio de Empresas de VODAFONE, quien les comunicó que, a partir de ese momento, les limitaban el consumo máximo de todos los terminales a 60 euros, exigiéndoles, asimismo, un nuevo aval de 80.000 euros. Se les advierte, por otro lado, que si dan de baja las líneas, se haría efectivo el cobro de la penalización depositada inicialmente. Finalmente les informan que por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cada línea que quieran ampliar se les exigirá el pago de 400 euros en concepto de garantía.

SEGUNDO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 17 de mayo de 2007 y notificado el 21 de mayo de 2007, se puso en conocimiento de BSER, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJPAC), la apertura del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de acceso planteado por la referida operadora.

TERCERO.- Asimismo, y por resultar necesario para la determinación y conocimiento de los hechos expuestos por BSER, en el escrito de comunicación del inicio del procedimiento se requirió a la operadora, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, para que, en el plazo de diez días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.1 de la referida norma, aportase la siguiente documentación:

- Documentación acreditativa de la relación contractual entre BSER y VODAFONE, en la que, especialmente, se reconozca la condición de BSER como revendedor del servicio telefónico móvil.
- Documentación acreditativa de la relación contractual entre BSER y el/los distribuidores de VODAFONE en virtud de la cual contrata las líneas para la reventa del servicio telefónico.
- Copia de las facturas expedidas por VODAFONE o, en su caso, por el Grupo Lidertel y otros posibles distribuidores.
- Documentación acreditativa de la relación contractual de BSER con sus clientes (usuarios finales) para la prestación del servicio telefónico móvil con copia, preferentemente, de algunos de los contratos suscritos.

A este respecto, interesaba conocer a esta Comisión qué responsabilidad asumía BSER frente a tales usuarios, formulándole las siguientes cuestiones: ¿tiene, por ejemplo, BSER su propio Centro de Atención al cliente? Por el contrario, ¿asume VODAFONE alguna relación con tales clientes, que contratan con BSER?

CUARTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 17 de mayo de 2007 y notificado el 21 de mayo del mismo año, se notificó a VODAFONE, asimismo, el inicio del presente procedimiento, dándole traslado del escrito presentado por BSER, y confiriéndole un plazo de diez días para que formulara alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por escrito del Secretario de esta Comisión de 11 de junio de 2007, y previa solicitud por VODAFONE, se otorgó una ampliación de cinco días sobre el plazo inicialmente conferido.

QUINTO.- Con fecha 11 de junio de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE en el que formula las siguientes alegaciones:

- Sobre la naturaleza del contrato suscrito entre BSER y VODAFONE.

Con fecha 10 de enero de 2007, BSER suscribió con VODAFONE un contrato de servicio de telecomunicaciones móviles para empresas (en adelante, el Contrato), cuyo objeto es la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público.

En este sentido, BSER se comprometió al cumplimiento de las “condiciones generales pospago de VODAFONE para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles a personas jurídicas” en relación con los servicios contratados, recogidos en el Anexo 2 del referido contrato. Posteriormente, BSER fue ampliando los servicios contratados.

Se adjunta como Anexo I copia del contrato suscrito por BSER, integrado por las condiciones generales, así como el detalle de los diferentes servicios contratados, bien directamente con VODAFONE, bien a través del distribuidor Grupo Lidertel. Junto con lo anterior, se incluyen en dicho anexo las autorizaciones firmadas por BSER a favor del agente del Grupo Lidertel para la gestión de su contrato ante VODAFONE.

En relación con los hechos denunciados por BSER, VODAFONE pone de manifiesto que la condición general decimotercera del Contrato (“cumplimiento del contrato y uso lícito del servicio”), establece lo siguiente:

“El cliente se compromete a cumplir lo expresamente pactado en el presente contrato y a hacer un uso lícito de los servicios prestados, conforme a los principios de la buena fe, y no podrá obtener un beneficio económico, por la utilización del servicio, distinto del derivado de este contrato, ni utilizar su condición de cliente para llevar a cabo una actividad empresarial, profesional o económica cuyo objeto sea revender el servicio prestado por VODAFONE o explotar el servicio para otros fines distintos, en su caso, de los establecidos en las presentes condiciones generales o, en su caso, en las condiciones particulares. El incumplimiento o la apreciación objetiva, por parte de Vodafone, del riesgo de incumplimiento de las obligaciones anteriormente citadas, supondrá la resolución automática del contrato.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De lo anteriormente expuesto se deriva que, sobre la base del contrato firmado por BSER con VODAFONE el 10 de enero de 2007, aquélla no puede llevar a cabo una actividad empresarial, profesional o económica cuyo objeto sea revender el servicio prestado por VODAFONE, ya que dicha actividad de reventa supondría un uso ilícito del servicio por BSER, y causa suficiente para la resolución unilateral del contrato por VODAFONE.

- Sobre los motivos de denuncia de BSER.

En relación con la solicitud de constitución de un aval de 80.000 euros, VODAFONE alega que su origen se encuentra en la conducta de riesgo que había venido observando debida a los elevados importes de las facturas de BSER (se adjuntan, como Anexo II, en formato electrónico, las facturas expedidas por VODAFONE a BSER).

Se señala, en este sentido, que dicho procedimiento es absolutamente respetuoso con las condiciones generales del contrato firmadas por BSER, de conformidad con la condición general séptima (“garantías”) en la que se establece expresamente lo siguiente:

“VODAFONE, una vez recibida la solicitud de alta por parte del Cliente, y en cualquier momento durante la vigencia del contrato, podrá, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del cliente:

a- Solicitar al cliente la constitución de un depósito no remunerado en efectivo o el otorgamiento de un aval bancario.

(...) Estas medidas estarán justificadas, entre otros, por supuestos como:

(...) (iii) la existencia de un riesgo de fraude, morosidad o de uso ilícito del servicio”.

En consecuencia, y ante la mencionada conducta de riesgo que VODAFONE observó, solicitó a BSER la constitución del mencionado aval.

VODAFONE alega, asimismo, que el aval de 3.000 euros a que se refiere BSER en su escrito fue constituido por dicha operadora a favor del distribuidor (Grupo Lidertel) y no de VODAFONE.

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 26 de noviembre de 2007 y notificado el 5 de diciembre de 2007, se reiteró a BSER el requerimiento de información efectuado a la operadora, al tratarse de una información indispensable para poder continuar con la tramitación del procedimiento, otorgando al interesado, a tal efecto, un nuevo plazo de diez días.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Transcurridos tres meses desde la notificación de la reiteración del requerimiento de información formulada a BSER, no se ha recibido documento alguno al respecto en esta Comisión.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente procedimiento.

BSER ha formulado conflicto de acceso frente a VODAFONE con fundamento en la modificación verbal de los acuerdos comerciales inicialmente pactados para la prestación de servicios de reventa de servicio telefónico, modificaciones que están llevando a la operadora a una *“clara situación de desventaja contra los abusivos requerimientos de VODAFONE”*.

En consecuencia, el objeto del presente procedimiento es determinar, en primer término, si el contrato ejecutado entre ambas partes se puede calificar como “acuerdo de acceso” y, en caso afirmativo, resolver sobre si la modificación verbal de las cláusulas del mismo es conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Habilitación competencial.

El artículo 48.2 de la LGTel determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.3.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función:

*“La resolución vinculante de los **conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes**, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. (...)”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Idéntica atribución de competencia se realiza en el artículo 14 de la LGTel. Por su parte, en relación con los conflictos que se puedan producir en las relaciones entre operadores, el artículo 11.4 de la LGTel señala que:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 establecidos en el artículo 3”.

En conclusión, esta Comisión es competente para conocer de los conflictos en materia de acceso a redes públicas de comunicaciones electrónicas que se planteen entre operadores de red entre sí o entre operadores y empresas que deseen acceder a sus redes y servicios en determinadas condiciones, entendido el acceso como la puesta a disposición de la red o de servicios, salvo que el beneficiario del acceso sea un usuario final, esto es, la puesta a disposición de recursos o servicios con la finalidad de que el sujeto que accede preste servicios de comunicaciones electrónicas.

TERCERO.- Falta de acreditación de los hechos denunciados por BSER.

Tal y como ya se ha señalado en los Antecedentes de Hecho tercero y sexto de la presente Resolución, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 17 de mayo de 2007, se solicitó a BSER la aportación de determinados documentos, requerimiento que, ante la falta de respuesta por parte de la referida operadora, fue reiterado nuevamente el 26 de noviembre de 2007.

Debe tenerse en cuenta que la documentación solicitada a BSER resulta del todo esencial para esta Comisión al objeto de poder determinar la naturaleza jurídica de su relación contractual con VODAFONE, y dilucidar, de este modo, si se trata de una reventa de líneas telefónicas, o bien de un contrato de servicio de telecomunicaciones móviles para empresas, pues sólo en el primer supuesto nos encontraríamos ante un verdadero conflicto de acceso entre operadores, cuya resolución correspondería a esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3 d) de la LGTel.

A pesar de lo expuesto, BSER no ha dado respuesta alguna a esta Comisión en relación con las cuestiones planteadas, por lo que no quedan acreditadas las alegaciones formuladas por la referida operadora, procediendo la desestimación de su petición.

En virtud de las consideraciones expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar la pretensión de Bser Solutions, Sociedad Limitada unipersonal, en el conflicto de acceso presentado contra Vodafone España, Sociedad Anónima, por falta de acreditación de los hechos denunciados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera