COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. José Giménez Cervantes, 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 17/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de mayo de 2002, se ha adoptado el siguiente,

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DE 25 DE FEBRERO DE 2002, SUSCRITO ENTRE LAS ENTIDADES "METROCALL, S.A. Y "AIRTEL MÓVIL, S.A." SOBRE LA RED DE TELECOMUNICACIONES INSTALADA POR LA PRIMERA ENTIDAD EN EL DOMINIO PÚBLICO DE LA RED DEL METRO DE MADRID PARA DAR COBERTURA, DENTRO DE DICHA RED DE METRO, AL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES

En relación con el escrito presentado por D. Francisco Manuel Rodríguez Fernández, en nombre y representación de Metrocall, S.A. por el que, en cumplimiento de lo establecido en el apartado quinto de la parte dispositiva de la Resolución de 20 de septiembre de 2001, se pone en conocimiento de esta Comisión el acuerdo comercial suscrito entre la citada entidad y Airtel Móvil, S.A. el día 25 de febrero de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de mayo de 2002, recaída en el expediente MTZ 2002/6264.

HECHOS

PRIMERO.- Por Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2001, se resolvió la solicitud de intervención instada ante esta Comisión por "Telefónica Móviles España, S.A." sobre un conflicto surgido con la entidad "Metrocall, S.A." (en adelante Metrocall) y con la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con el acceso y la implantación de infraestructuras de red de telecomunicaciones en el dominio público de la red del metro de Madrid para dar cobertura, dentro de dicha red de metro, al servicio de telefonía móvil disponible al público.

La parte dispositiva de la citada Resolución establece, entre otras cuestiones, lo siguiente:

"(...)

Cuarto. *Declarar que en la actualidad no existen condiciones de competencia efectiva en la prestación del servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid.*

Quinto. *En tanto esta Comisión no declare que existen condiciones de competencia efectiva en la prestación del servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid, ningún operador podrá iniciar la prestación del servicio soporte de telefonía o comunicaciones móviles en la red de metro de Madrid, sin la previa comunicación a esta Comisión de la fecha de inicio de su prestación, así como de si se hará en régimen de autoprestación o contratando el servicio a otro operador.*

En los casos en los que el mencionado servicio no se realice en autoprestación y/o se realice en el marco de algún tipo de acuerdo, de compartición de infraestructuras o de cualquier otro tipo, entre todos o alguno de los operadores interesados en el presente procedimiento, los operadores involucrados habrán de presentar a esta Comisión los acuerdos que hayan alcanzado con treinta días de antelación a la fecha de inicio en la prestación del servicio, incluyendo singularmente las condiciones de precio y calidad establecidas al respecto, al objeto de que esta Comisión introduzca, en su caso, las modificaciones que sean necesarias, o establezca cualesquiera otras condiciones que se requieran, para salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de referencia en particular y de las telecomunicaciones en general.

(...)"

SEGUNDO.- Con fecha, 26 de febrero de 2002, el representante legal de Metrocall ha presentado en el Registro General de esta Comisión un escrito por el que, dando cumplimiento a la obligación impuesta en el apartado quinto de la Resolución de 20 de septiembre de 2001 anteriormente transcrito, comunica el Acuerdo comercial suscrito entre las entidades Metrocall, S.A. y Airtel Móvil, S.A. (en adelante Airtel) con fecha 25 de febrero de 2002, mediante el cual, entre otras cuestiones, se regulan las condiciones de acceso por parte de Airtel a la red pública de telecomunicaciones de titularidad de Metrocall para, a través de dicha red, proveer a Airtel el servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid. En el citado acuerdo, se reconoce a Airtel la condición de "Prime Contractor" para la comercialización de la totalidad de la citada red soporte de telefonía móvil de titularidad de Metrocall.

TERCERO.- Mediante escritos de 26 de febrero de 2002, se notificó a Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante TME) y a Retevisión Móvil, S.A. (en adelante AMENA) en su condición de interesados, la apertura del correspondiente procedimiento dándoseles, asimismo, traslado de copia del citado acuerdo comercial.

Con fecha 11 de marzo de 2002, TME ha presentado escrito de alegaciones por el que solicita que se acuerde:

a) Tener por nulo el contrato suscrito por la entidades Metrocall, S.A. y Airtel, S.A.

b) Que por esta Comisión se proceda a tutelar la consecución de un acuerdo de utilización de infraestructuras en la red de Metro de Madrid por los operadores interesados en el presente procedimiento.

CUARTO.- Con fecha 8 de marzo del año en curso, el Secretario de esta Comisión comunicó a los interesados en el procedimiento el informe de los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la instrucción del presente procedimiento, a los efectos previstos en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, otorgándoles un plazo común de cinco días para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones y acompañaran los documentos que estimaran oportuno.

QUINTO.- El día 15 de marzo de 2002, tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión el escrito de TME por el que se presentan alegaciones al informe de los Servicios de esta Comisión. El escrito de alegaciones finaliza solicitando que esta Comisión dicte Resolución por la que se acuerde:

a) Acordar tener por nulo el contrato suscrito entre Metrocall y Airtel.

b) Promover, bajo la tutela de la CMT, la suscripción de un convenio marco entre todos los agentes interesados que haga posible la utilización compartida de infraestructuras soporte del servicio de telefonía móvil en el metro de Madrid. Dicho convenio marco recogería todos los principios básicos (propuestos por TME en la alegación cuarta de su escrito de 11/3/02) sobre los que se establecería una relación no discriminatoria y basada en principios objetivos entre Metrocall y todos los operadores de servicios móviles; principios que serían objeto de desarrollo posterior en los acuerdos bilaterales que, en su caso, cada uno de los operadores móviles suscribiría con Metrocall.

c) A los efectos de hacer posible conocer en toda su amplitud el alcance real de los acuerdos entre Metrocall y Airtel, requerir de ambas entidades la puesta en conocimiento de la CMT de todos los acuerdos documentados o verbales, cerrados o en negociación, directa o indirectamente relacionados con el acuerdo de 25 de febrero de 2002.

SEXTO.- Con fecha 18 de marzo de 2002, ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión el escrito de AMENA por el que presenta alegaciones al informe de los Servicios. El citado escrito de alegaciones finaliza solicitando:

a) Que se ordene la suspensión del acuerdo entre Airtel y Metrocall en tanto no se garantice la existencia de condiciones de competencia suficiente para la prestación del servicio de telefonía móvil en el metro de Madrid.

b) Se inste a Airtel a la suspensión cautelar de la prestación del servicio de telefonía móvil en el metro de Madrid y a la paralización de su campaña de publicidad en tanto la CMT no se pronuncie sobre la validez del acuerdo de constante mención o cualesquiera otros que pudieran establecerse para el acceso a la red de Metrocall.

SÉPTIMO.- El día 21 de marzo de 2002, ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión, el escrito de Metrocall por el que se presentan alegaciones al informe de los Servicios de esta Comisión. El escrito de alegaciones finaliza solicitando:

"1.- Se inste a las partes firmantes del Acuerdo de 25 de febrero de 2002 a modificar el mismo sólo respecto de aquellos extremos aceptados expresamente por las mismas en el presente expediente y en los términos establecidos en el presente.

2.- Se declare la plena validez del citado Acuerdo y su adecuación a las normas sectoriales de telecomunicaciones.

OCTAVO.- Con fecha 25 de marzo de 2002, ha tenido entrada el escrito de alegaciones remitido por Airtel mediante correo certificado administrativo depositado el día 20 del mismo mes y año. Airtel adjunta como anexo a su escrito un texto comprensivo del Acuerdo con las modificaciones que la citada entidad estaría dispuesta a aceptar sobre el texto en su día remitido a esta Comisión, finaliza su escrito de alegaciones solicitando:

1. Que esta Comisión inste a las partes firmantes del acuerdo de 25 de febrero de 2002 a modificar el mismo sólo en aquellos extremos aceptados expresamente por las mismas en el presente expediente y en los términos en que aquellas acordarían la modificación del Acuerdo que se adjunta como Anexo.

2. Declare la validez del acuerdo y su adecuación a las normas sectoriales de telecomunicaciones.

NOVENO.- Con fecha 22 de abril de 2002, ha tenido entrada el escrito de alegaciones de Metrocall por el que se solicita que no sean tenidas en cuanta por esta Comisión las alegaciones vertidas por TME y AMENA y que se adopte Resolución por la que:

1. Se inste a Metrocall y a Airtel a modificar el Acuerdo de 25 de febrero de 2002 tan sólo respecto de aquellos extremos aceptados expresamente por las mismas en el marco del presente expediente.
2. Se declare la plena validez del citado Acuerdo y su adecuación a las normas sectoriales de telecomunicaciones.
3. Se inste a TME y a AMENA a incorporarse de manera activa a las negociaciones con Metrocall y Airtel, conducentes a alcanzar en el plazo más breve posible el acuerdo que posibilite el acceso de los usuarios de METRO DE MADRID al servicio de telefonía móvil de todos los operadores.

DÉCIMO.- Con fecha 26 de abril, TME ha presentado nuevo escrito de alegaciones en el que informa sobre el estado de su solicitud de ocupación del dominio público de la red de metro de Madrid y sobre la imposibilidad de acceso a dicha ocupación, incluso por los procedimientos legalmente establecidos de compartición de infraestructuras, debido a las actuaciones desarrolladas por la Comunidad de Madrid, Metro de Madrid y Metrocall , que, a su juicio, hacen imposible la pluralidad de oferta de redes públicas de telecomunicaciones móviles en la red del metro de Madrid.

Según TME, el Acuerdo suscrito entre Metrocall y Airtel, al margen de resultar absolutamente nulo y contrario al derecho de la competencia, autoriza a su principal competidor (Airtel) a utilizar la red ilegalmente instalada por Metrocall en unas condiciones absolutamente discriminatorias respecto del resto de operadores.

TME, considerando frustrados todos sus esfuerzos para utilizar las infraestructuras de red ya instaladas por Metrocall, solicita de esta Comisión que propicie la utilización compartida por TME de las infraestructuras de red de Metrocall al amparo de lo establecido en el artículo 48 del Reglamento del Servicio Universal.

UNDÉCIMO.- Con fecha 29 de abril de 2002, el Subdirector General de Infraestructuras y Normativa Técnica de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ha dado traslado a esta Comisión del informe emitido por dicha Subdirección General, a instancias de la Dirección General del Suelo de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre la ocupación de dominio público (Red ferroviaria de Metro de Madrid) afecto a la Comunidad Autónoma de Madrid por el operador Metrocall, S.A.

En el citado informe se concluye lo siguiente:

"sobre la solicitud de ocupación de bienes de dominio público de la Comunidad Autónoma de Madrid formulada por el operador Metrocall, S.A.:

1.- La empresa Metrocall, S.A. dispone de título habilitante para instalar redes públicas de telecomunicaciones.

2.- No se dispone del proyecto específico para la ocupación del dominio público que se pretende.

3.- No consta en esta Secretaría de Estado que se haya solicitado el informe previsto en el artículo 44.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, y el 46.2 del Reglamento sobre obligaciones de servicio público en relación con las solicitudes de ocupación de dominio público a los efectos del tendido de redes públicas de telecomunicaciones, formuladas ante esa Administración por Telefónica Móviles España, S.A. y Airtel Móvil, S.A.

4.- Corresponde a la Comunidad de Madrid, como titular del dominio público de que se trata, la competencia para el establecimiento de las condiciones y requisitos para la ocupación de éste, que deberán ser, en

todo caso, transparentes y no discriminatorios. En el presente informe no se entra a valorar las conclusiones recogidas en el informe elaborado por METRO DE MADRID, S.A., sobre la necesidad de que exista una única infraestructura de telecomunicaciones, para la prestación del servicio de telefonía móvil, en la red del metropolitano madrileño, a disposición de todos los operadores interesados en su utilización.

5.- No consta que la Comunidad de Madrid, como titular del dominio público de que se trata, haya realizado el procedimiento de uso compartido de infraestructuras previsto en el artículo 49 del Reglamento sobre obligaciones de servicio público.

6.- En el caso de que se considere, sobre la base de protección de requisitos esenciales, la necesidad de que la construcción y el uso de la infraestructura sea compartido por los operadores que, en su caso, pudieran estar interesados en ocupar el dominio público de que se trata, se debe seguir el procedimiento para el uso compartido de infraestructuras establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento sobre obligaciones de servicio público, procedimiento que finalizaría con el acuerdo, adoptado libremente por los operadores que hubieran mostrado tal interés, que estableciera las condiciones de la compartición. De no alcanzarse dicho acuerdo entre los interesados, cualquiera de ellos podrá solicitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que establezca, mediante Resolución, las condiciones de uso compartido.

7.- La pretensión del operador solicitante de erigirse en un operador de operadores ocupando él exclusivamente el dominio público afecto a la Comunidad de Madrid, sólo será compatible con el reconocimiento del derecho genérico de ocupación de dominio público que la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, reconoce a todos los operadores titulares de licencias individuales a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público, en el caso de que exista acuerdo entre todos los operadores interesados en el uso de ese dominio público, o en su caso con las condiciones establecidas, mediante Resolución, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto el análisis del Acuerdo de 25 de febrero de 2002 suscrito entre Metrocall y Airtel. La finalidad del análisis es comprobar si el Acuerdo cumple con lo establecido en la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2001 por la que se resolvió la solicitud de intervención instada ante esta Comisión por "Telefónica Móviles España, S.A." sobre un conflicto surgido con la entidad Metrocall y con la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con el acceso y la implantación de infraestructuras de red de telecomunicaciones en el dominio público de la red del metro de Madrid para dar cobertura, dentro de dicha red de metro, al servicio de telefonía móvil disponible al público o si, por el contrario, es necesario introducir determinadas modificaciones dirigidas a salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de redes y servicios de telecomunicaciones, en general, o en el mercado de referencia que fue definido en la Resolución de 20 de septiembre de 2001 como el constituido por la prestación del servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid, en particular.

Asimismo, tiene por objeto la adopción de medidas complementarias a las adoptadas en la citada Resolución de 20 de septiembre de 2001 relativas al conflicto surgido con Metrocall y con la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con el acceso y la implantación de infraestructuras de red de telecomunicaciones en el dominio público de la red del Metro de Madrid, a resultas de los nuevos datos que sobre la ocupación efectiva del citado dominio público se han obtenido en la tramitación del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento.

La Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en su artículo 1.Dos, 1 define como objeto de esta Comisión el de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

Para el cumplimiento efectivo de su objeto, la Comisión está facultada, entre otras, para ejercer la función de velar por la libre competencia en el

mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias para lo que dictará las resoluciones oportunas (Art. 1.Dos.2.c) y para adoptar las medidas que sean necesarias, para salvaguardar la pluralidad de ofertas de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y la interconexión de redes y suministro de red en condiciones de red abierta; la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios (Art. 1.Dos.2.f).

El artículo 5 de la Orden de 22 de septiembre de 1998, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante Orden de Licencias) incluye, como una de las condiciones generales para todas las categorías de licencias para el establecimiento o explotación de redes públicas y la prestación de servicios a terceros, la obligación de no incurrir en conductas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones y la de acatar las resoluciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este ámbito.

El apartado cuarto de la parte resolutiva de la Resolución de esta Comisión de 20 de septiembre de 2001 declaró que en la actualidad no existen condiciones de competencia efectiva en el mercado de referencia definido en la misma Resolución como el de la prestación del servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid.

Por otra parte, el apartado quinto de la mencionada Resolución manifiesta que en tanto esta Comisión no declare que existen condiciones de competencia efectiva en el citado mercado de referencia, ningún operador podrá iniciar la prestación del servicio que define el citado mercado de referencia sin la previa comunicación a esta Comisión de la fecha de inicio de la prestación. Además, en los casos en que el servicio se realice en el marco de algún tipo de acuerdo entre todos o alguno de los operadores interesados en el procedimiento, los operadores involucrados en el acuerdo lo deberían presentar a esta Comisión con treinta días de antelación a la fecha de inicio de la prestación del servicio, al objeto de que esta Comisión introduzca, en su caso, las modificaciones que sean necesarias, o establezca cualesquiera otras condiciones que se requieran para salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de referencia, en particular, y de las telecomunicaciones en general.

El artículo 56.4 (segundo inciso) del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto

1736/1998, de 31 de julio (en adelante RSU), establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cláusulas de modificación en los contratos celebrados entre operadores cuando afecten a la competencia en el mercado.

En cuanto al derecho de ocupación del dominio público, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para el reconocimiento genérico del citado derecho a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones cuando el otorgamiento de los títulos habilitantes sea de su competencia. Lo anterior resulta del artículo 44 del RSU

Según determina el artículo 49 del RSU, esta Comisión es el órgano competente para resolver las controversias que puedan surgir entre los operadores obligados a compartir infraestructuras cuando éstos no lleguen a un acuerdo en el plazo establecido para ello en el citado artículo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el artículo 19 de la Orden de Licencias, esta Comisión resulta competente, previa la tramitación del correspondiente procedimiento, para revocar las licencias individuales que haya otorgado cuando su titular no cumpla alguna de las condiciones impuestas en la Orden de Licencias o alguna de las condiciones específicas que le hayan sido impuestas en la resolución de otorgamiento del título.

Por lo tanto, esta Comisión resulta competente para analizar el Acuerdo que ha sido aportado por la Entidad Metrocall y, si lo estima necesario, para compeler a los suscriptores del mismo a realizar las modificaciones que estime necesarias en orden a la salvaguarda de la competencia efectiva en el citado mercado de referencia.

Asimismo, resulta competente, en su caso, para revocar la licencia C1 otorgada en su día a Metrocall, previa tramitación del correspondiente procedimiento de revocación de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- Análisis de la naturaleza jurídica y objeto del Acuerdo comercial de 25 de febrero de 2002 suscrito entre Metrocall y Airtel (en adelante el Acuerdo).

La necesidad de este análisis se deriva de que el Acuerdo comercial, en la redacción con la que ha sido presentado a esta Comisión, no define con la suficiente nitidez, a diferencia de lo que manifiestan Metrocall y Airtel en sus escritos de alegaciones, cuál es su naturaleza ni su objeto. Dado que ni en la

parte expositiva ni en las estipulaciones por las que se rige el Acuerdo se delimita inequívocamente su objeto, resulta necesario proceder a realizar un análisis sistemático de las mismas para deducir cuál es realmente la naturaleza y objeto del citado Acuerdo. Con independencia de la nomenclatura que utilicemos para denominar el Acuerdo objeto de la presente Resolución, no cabe duda de que del análisis del clausulado que venimos estudiando se extrae una serie de derechos y obligaciones para las partes que conviene examinar para, de este modo, determinar las distintas consecuencias que del cumplimiento de los términos del citado acuerdo pudieran derivarse en el mercado del servicio soporte del servicio telefónico móvil disponible al público dentro de la red de Metro de Madrid (mercado de referencia identificado por esta Comisión en su Resolución de 20 de septiembre de 2001) y, en su caso, en el mercado del servicio de telefonía móvil disponible al público u otros mercados conexos o afines.

A juicio de esta Comisión el Acuerdo (acuerdo comercial como lo denomina Metrocall en su escrito de presentación) en su redacción actual contiene, en esencia, un contrato por el que Airtel se compromete a prestar a Metrocall varios servicios y, por otro, un contrato de acceso por parte de Airtel a la red de Metrocall.

Por una parte, Airtel se obliga a prestar una serie de servicios a Metrocall. Básicamente estos servicios pueden resumirse en (i) la determinación y/o diseño en colaboración con Metrocall de los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid, (ii) el asesoramiento técnico para el diseño, implantación, mantenimiento, desarrollo, ampliación e innovación de la red soporte del servicio de comunicaciones móviles en el Metro de Madrid, y (iii) la gestión de la utilización de la infraestructura construida por parte de terceros. Esto es, mediante este Acuerdo, Airtel, además de obligarse a aportar apoyo técnico a Metrocall en el diseño, implantación y mantenimiento de la red pública de telecomunicaciones, se compromete también a gestionar el servicio soporte del servicio telefónico móvil disponible al público dentro de la red de metro de Madrid y en particular cuando dicha infraestructura fuese utilizada por terceros..

Por otra parte, como ya se mencionó más arriba, el Acuerdo regula el acceso de Airtel a la red de Metrocall. Desde esta perspectiva, no cabe duda que se trata de un contrato de acceso que tiene por objeto la regulación de las condiciones por las que Airtel accederá a la red pública de Metrocall para prestar por sí misma el servicio telefónico móvil disponible al público y para ello se le reconoce el derecho a la instalación de las Estaciones Base y demás equipos relacionados con este contrato que Airtel Móvil estime necesarios en el interior de la red de ferrocarriles.

Pero además, pudiera entenderse que del contrato resulta el otorgamiento a Airtel de un derecho a decidir como será el acceso de otros operadores a la red de telecomunicaciones objeto del contrato. En efecto, la estipulación segunda resulta meridianamente clara cuando en ella se afirma que "Metrocall se compromete y obliga a no dar acceso directo o indirecto a la red a ningún otro tercero sin la autorización de Airtel Móvil". Pero además, el diseño que se hace en la estipulación tercera del pago de un canon a Metrocall por los operadores móviles, se articula de tal forma que la parte de ese canon que han de pagar los operadores distintos de Airtel ha de ser negociado con éste, de tal manera que de no llegarse a un acuerdo no podrán suscribir el contrato de utilización de la infraestructura construida.

Por último no puede quedar sin comentario el Acuerdo Tecnológico, pendiente de suscribir y que se contempla en las estipulaciones primera y, especialmente, la estipulación cuarta del Acuerdo.

La estipulación cuarta dispone que las partes manifiestan que Airtel diseñará, en colaboración con Metrocall y con Metro, los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid. Además, Airtel prestará a Metrocall asesoramiento técnico para el diseño, implantación, mantenimiento, desarrollo, ampliación e innovación de la red pública de telecomunicaciones móviles en el ferrocarril metropolitano de Madrid, todo ello según se disponga en el Acuerdo Tecnológico que suscribirán a este fin Airtel y Metrocall.

Esta estipulación, además de coadyuvar en la conclusión que posteriormente se desarrolla en el sentido de entender que el objetivo perseguido en el contrato es el despliegue de una única red de telecomunicaciones en el interior del Metro de Madrid[1], presenta una incidencia importante en el desarrollo de la competencia entre operadores móviles por cuanto deja en manos de un operador de móviles, con la colaboración no sólo de Metrocall sino nada menos que del Metro de Madrid, el diseño de la tecnología y la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid, lo que, dados los términos literales y en atención al resto del clausulado, produce importantes efectos respecto del resto de operadores móviles.

Esto es, del tenor de esta estipulación y a la espera del Acuerdo Tecnológico todavía no remitido a esta Comisión pareciera que el resto de operadores móviles, en la prestación de servicios y el acceso a la infraestructura existente, deberán pasar por el diseño que haga al efecto su competidor Airtel.

[1] Sería más exacto decir que se trata del despliegue de una única infraestructura, capaz de dar soporte a diversas redes de telecomunicaciones.

- **Obligaciones de prestación de servicios por parte de Airtel derivadas del Acuerdo.**

Como ya hemos señalado, del Acuerdo (en su redacción actual) nacen varias obligaciones de prestación de servicios por parte de Airtel: prestación de servicios de colaboración técnica y prestación de servicios de gestión de la infraestructura. Estas obligaciones se extraen de la interpretación de, entre otros, los siguientes expositivos y estipulaciones del Acuerdo:

En el expositivo 2º del Acuerdo, se manifiesta que Metrocall tiene por objeto social la implantación, gestión y explotación de la telefonía móvil en la red e instalaciones de Metro de Madrid, actividades que puede realizar también de modo indirecto, esto es, directamente por sí misma o valiéndose de un intermediario.

El expositivo 6º indica que Airtel está interesada en ser el "Prime Contractor" de la red pública de telecomunicaciones que Metrocall está instalando en el Metro de Madrid para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles y, además, en colaborar con Metrocall en el diseño de la implantación y en la explotación de la citada red.

El expositivo 7º define el término "Prime Contractor" como el de aquella persona jurídica que determina y/o diseña, en colaboración con Metrocall y con Metro de Madrid, los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid y que gestiona y/o determina la utilización por terceros de la citada infraestructura, respetando, en todo caso, todas aquellas directrices regulatorias dispuestas por la Administración de Telecomunicaciones. En la estipulación primera, Metrocall otorga a Airtel la condición de "Prime Contractor" de la red pública de telecomunicaciones correspondiente a la primera fase del proyecto de Metrocall, y en la octava, Metrocall se compromete y obliga a otorgar a Airtel la condición de "*Prime Contractor*" de la segunda fase de la red. A tales efectos, en la estipulación cuarta, ambas partes manifiestan que Airtel diseñará los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid y, además, que prestará el asesoramiento técnico para el diseño, implantación, mantenimiento, desarrollo, ampliación e innovación de la citada red.

En la estipulación tercera se prevé que una vez realizada la inversión en el despliegue de la red correspondiente a la primera fase, Airtel y el resto de los operadores de telefonía móvil que suscriban un acuerdo para la utilización de la red gestionada por Airtel, abonarán a Metrocall un determinado canon anual

distribuido en pagos mensuales. Sigue diciendo la citada estipulación que el citado canon anual será abonado directamente a Metrocall, con carácter no solidario ni subsidiario, por Airtel y por los operadores de telefonía móvil que suscriban el acuerdo para la utilización de la infraestructua, en la proporción que éstos y Airtel acuerden en su momento. Una solución similar se establece en la estipulación quinta con respecto al canon mensual por mantenimiento de la infraestructura que debe ser abonado a Metrocall por Airtel y el resto de los operadores que utilicen la red. Por tanto, el Contrato prevé que es Airtel quien acuerda con los demás operadores el canon a pagar a Metrocall por aquéllos.

En la estipulación séptima se establece que Airtel se compromete y obliga a facilitar a todos los operadores de telefonía móvil que así lo soliciten el uso y utilización de la red de telecomunicaciones soporte de Metrocall en condiciones de no discriminación y transparencia y siempre dentro de los límites de la licencia de Metrocall, obligándose también Airtel a negociar con el resto de operadores los costes en que incurran por la utilización de dicha red.

De la lectura de los expositivos y estipulaciones anteriores se extrae con claridad la voluntad de los suscribientes de establecer una obligación de prestación de servicios técnicos por parte de Airtel a Metrocall, diseñando, implantando, desarrollando, manteniendo e innovando la infraestructura de soporte de las comunicaciones móviles en el interior del Metro de Madrid.

También se advierte con claridad que Airtel será quien, de hecho, gestione la infraestructura propiedad de Metrocall para la prestación del servicio de telefonía móvil dentro de la red de Metro de Madrid y, no cabe duda que esta actividad (a salvo de lo que se dirá posteriormente sobre su adecuación a la normativa) no podría realizarla sino en nombre y por cuenta de quien es el titular de la infraestructura que se explota, esto es, Metrocall. En principio, no tiene necesariamente que ser contrario a derecho que Metrocall y a Airtel formalicen cualesquiera de los citados actos jurídicos para la gestión y comercialización de la red pública de telecomunicaciones amparada por la licencia C1 otorgada a Metrocall. No obstante, tal libertad contractual tiene su límite, por lo que al presente procedimiento se refiere, en que dichos actos jurídicos no contengan previsiones que puedan ser contrarias a la salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de redes y servicios de telecomunicaciones ni, en especial, en el mercado referencia al que alude la tan mencionada Resolución de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2001 u otros contratos conexos, cuestión esta que es analizada más adelante. Además, la gestión y comercialización de la infraestructura por parte de Airtel, en nombre y representación de Metrocall deberá cumplir, en todo caso, con lo establecido en la Resolución por la que se otorgó por esta Comisión la licencia de tipo C1 a Metrocall. Consecuentemente, cualquier incumplimiento de la

licencia C1 originado por la gestión y comercialización de la infraestructura sería imputado a la entidad titular de la misma, esto es, a Metrocall.

- **El Acuerdo presentado en cuanto a su naturaleza de contrato regulador del acceso a una red pública de telecomunicaciones**

Al igual que en el punto anterior, la existencia de un contrato regulador del acceso por parte de Airtel a la infraestructura de telecomunicaciones instalada por Metrocall en el dominio público de la red de metro de Madrid se deduce de la interpretación de, entre otros, las siguientes estipulaciones del Acuerdo:

En la estipulación primera se establece que, en todo caso, el otorgamiento de la condición de "Prime Contractor" a favor de Airtel incluye, además de las funciones definidas en el expositivo séptimo[2], el derecho a la instalación de las Estaciones Bases y demás equipos relacionados con este contrato que Airtel estime necesarios en el interior de la red de ferrocarriles. Debemos entender que se refiere a las estaciones base de Airtel y demás elementos necesarios para que ésta pueda prestar su propio servicio de telefonía móvil disponible al público dentro de la red de metro de Madrid. Ha de tenerse en cuenta que la estipulación finaliza manifestando que el contrato mantendrá su vigencia mientras Airtel disponga de cualquier título habilitante que le permita explotar el servicio de telecomunicaciones móviles.

En el último párrafo de la estipulación segunda se manifiesta que, con independencia de que se hicieran valer o no por cualquiera de las partes las causas de resolución señaladas en la cláusula decimocuarta, Metrocall se compromete expresamente a que, en ningún caso, las condiciones de acceso a la red para Airtel sean peores que las de cualquier otro operador. Esta previsión indica claramente que los contratantes otorgan al presente acuerdo la naturaleza de contrato regulador de las condiciones de acceso por parte de Airtel a la red de Metrocall.

Ahora bien, además del acceso de Airtel medianteelementos propios, al resto de la infraestructura necesaria para prestar el servicio de comunicaciones móviles, el acuerdo contiene referencias y menciones que directa e indirectamente inciden en el derecho de acceso de otros operadores a la infraestructura que se construya.

Así, de partida, y en relación al Acuerdo Tecnológico todavía no remitido, los operadores móviles deberán asumir el diseño tecnológico que realiza Airtel en colaboración con Metrocall y el Metro de Madrid, lo cual supone

[2] Gestionar y/o determinar la utilización por terceros de la infraestructura instalada por Metrocall en la red de metro de Madrid.

evidentemente una limitación a la instalación de BTS y demás equipos, la selección de un tipo de cable y elementos radiantes y una utilización determinada del espectro RF disponible en los mismos; en síntesis unas restricciones técnicas impuestas unilateralmente, por cuanto los demás operadores solo podrán utilizarla de conformidad con el diseño que hubiesen hecho los promotores.

La estipulación segunda es suficientemente clara cuando indica que Metrocall no podrá dar acceso directo o indirecto a la red a ningún tercero sin autorización de Airtel

La estipulación tercera pretende establecer el procedimiento por el que se determinan las contraprestaciones que tanto Airtel como el resto de los operadores que suscriban acuerdos de acceso habrán de pagar a Metrocall por la utilización de su infraestructura. Esto es así, incluso teniendo en cuenta que se menciona expresamente que el canon que abona Airtel lo es en su condición de “Prime Contractor” y no en condición de utilizador de la infraestructura como se predica directamente del canon que pagarían, en su caso, los otros operadores. En último caso, dentro del canon que correspondería pagar a Airtel, una parte correspondería necesariamente al concepto de acceso a la infraestructura de Metrocall como soporte del servicio de telefonía móvil prestado por la propia Airtel. Lo anterior se desprende con toda claridad de las reglas establecidas para la cuantificación del canon, para su distribución entre los operadores y para las posibles variaciones del mismo en razón de las diferentes circunstancias que se puedan producir. Lo mismo se puede predicar en cuanto a la estipulación quinta sobre el canon de mantenimiento.

En consecuencia, desde el punto de vista de las condiciones económicas, el acceso también vendrá determinado por la posición negociadora de Airtel, cuyo punto de partida viene además prefijado en esta estipulación tercera.

Finalmente, la estipulación decimoquinta prevé la reducción del canon mensual que debe pagar Airtel, fijándolo en una tercera parte del establecido en la estipulación tercera, para el caso de que en el plazo de 36 meses ningún otro operador estuviera interesado en la utilización de la infraestructura de Metrocall. No obstante, esa reducción no sería automática sino que la cuantía del canon resultante dependería de la cuota de penetración de clientes de Airtel entre los viajeros del Metro de Madrid y si ésta resultara superior a la tercera parte del total de clientes de telefonía móvil en ese momento, dicha cuota de penetración será tomada como factor para determinar el nuevo canon mensual que habría de abonar. Esto es, el canon a pagar por Airtel depende de forma directa de la utilización que realice de la infraestructura de Metrocall.

Queda claro, por lo tanto, que el Acuerdo, sin prejuzgar todavía si el mismo resulta ajustado a la normativa que le es de aplicación, incluye previsiones que regulan el acceso por parte de Airtel y de los restantes operadores a la infraestructura de Metrocall para que ésta les sirva de soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil disponible al público dentro de la red de metro de Madrid.

Al respecto, ha de manifestarse que no hay nada que impida que Metrocall y Airtel lleguen a un acuerdo de acceso de ésta a la red de la primera; no obstante, ha de advertirse igualmente que el acuerdo de acceso tampoco podrá incluir ninguna previsión que pueda ser contraria a la salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones en general ni en el mercado de referencia al que se refiere la tan mencionada Resolución de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2001, cuestión ésta que es analizada en el fundamento siguiente. Y, en todo caso, este acuerdo deberá dejar a salvo el derecho del resto de los operadores a negociar directamente el ejercicio de sus respectivos derechos de acceso a la infraestructura de Metrocall y no podrá ser determinante de las condiciones en las que el resto de los operadores pueda acceder a dicha infraestructura. Estas cuestiones también se analizan a continuación.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y como ya hemos apuntado, del contenido del contrato subyace un objetivo principal que se sustancia mediante el establecimiento de un mecanismo de colaboración entre Metrocall y Airtel. Este objetivo es la implantación de una infraestructura única y completa de telecomunicaciones en el interior del Metro de Madrid que sirva de soporte para el establecimiento de redes de servicios móviles y, en consecuencia, la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones móviles con exclusión de la posibilidad de que se puedan establecer infraestructuras alternativas a la misma.

La consecución de este objetivo subyacente, el cual se desprende del conjunto de expositivos y estipulaciones del Acuerdo, se instrumenta jurídicamente mediante diversos compromisos, derechos y obligaciones que ambas partes suscribientes aceptan, con efectos no sólo respecto de ellos mismos sino también sobre terceros que no forman parte del Acuerdo.

Estos compromisos, derechos y obligaciones acordadas deben analizarse teniendo en cuenta el objetivo pretendido por el contrato que, tal como se ha señalado, consiste en el establecimiento, gestión y explotación de una infraestructura de telecomunicaciones en el interior del Metro de Madrid.

Debe precisarse nuevamente que del conjunto del acuerdo se desprende que la infraestructura resultante del Acuerdo de colaboración entre

ambos operadores será la única a implantar en el Metro de Madrid para dar soporte a las diversas redes de telefonía móvil disponible al público.

En efecto, de los expositivos del Acuerdo, de parte de las estipulaciones acordadas y de hechos notorios conocidos hasta la fecha, entre los cuales son especialmente relevantes los que dieron lugar a la resolución de esta Comisión de 20 de septiembre de 2001 y los derivados de la actuación de la Comunidad de Madrid en relación con las solicitudes de ocupación del dominio público por operadores distintos a Metrocall y a Metro de Madrid, resulta esta conclusión.

Así, en el expositivo segundo se indica con meridiana claridad que el objeto social de Metrocall es “la implantación, gestión y explotación de la telefonía móvil en la red e instalaciones del Metro de Madrid” actividades que puede realizar de modo indirecto, contando para ello con una licencia para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones. Se quiere decir con ello que el establecimiento y explotación de una infraestructura o red pública es instrumental respecto de la actividad esencial, la implantación, gestión y explotación de la telefonía móvil en el Metro de Madrid.

En el expositivo segundo se dice que la red pública soporte del servicio de telecomunicaciones móviles tiene que abarcar la totalidad, actual y futura de la red del Metro de Madrid. En el expositivo cuarto se indica que la instalación de la infraestructura que servirá de soporte “para la prestación de los servicios de telecomunicaciones móviles”, deberá realizarse en dos fases, hasta cubrir toda la actual y futura red de Metro.

En el expositivo quinto se señala que Metrocall ha solicitado a la Comunidad de Madrid la autorización necesaria de ocupación del dominio público que abarca la red del Metro de Madrid. Ha de precisarse que hasta la fecha diversas peticiones de ocupación del dominio público sito en el Metro de Madrid por parte de operadores de telefonía móvil no han sido atendidas, mientras que, de facto, tanto Metrocall como Metro de Madrid, titulares de sendas licencias C1 vienen realizando diversos actos de ocupación de ese espacio de dominio público.

En el Expositivo Sexto se califica a Airtel como Primer contractor o gestor respecto de terceros “de la red pública de telecomunicaciones que Metrocall **está instalando** en el ferrocarril metropolitano de Madrid para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles; y en el expositivo séptimo se define la figura de “Prime Contractor”, como aquella persona jurídica que determina y/o diseña, en colaboración con Metrocall y con Metro, los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid y que gestiona y determina la utilización por terceros de la citada infraestructura.

Se advierte de estas estipulaciones la insistencia en definir esa infraestructura como el soporte de las comunicaciones móviles en el Metro de Madrid, dando a entender que esa será **la única infraestructura** que sirva de soporte a las redes de comunicaciones móviles que puedan servir el conjunto de operadores de telefonía móvil que hoy prestan servicio.

Si añadimos a esta insistencia, la denegación hasta la fecha a los operadores solicitantes del derecho a ocupar el dominio público y la aparición de esta figura de Prime Contractor como gestor intermedio de la utilización por terceros de la red, siendo indudablemente estos terceros los actuales operadores de telefonía móvil, se alcanza la conclusión antes apuntada: se trata de crear una única infraestructura de telecomunicaciones, que puedan utilizar los operadores móviles si quieren prestar servicio.

A continuación nos referiremos a los derechos y obligaciones de Airtel en relación a este acuerdo. Antes interesa recordar algunos extremos que fueron advertidos de manera expresa en la resolución de esta CMT de 20 de septiembre de 2001 y que necesariamente deben ser tenidos en cuenta al analizar el Acuerdo.

Así, en el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución de 20 de septiembre de 2001 se indicó de manera explícita que la red de Metrocall “no se configura como una red propia de operador móvil ya que Metrocall no tiene usuarios de telefonía móvil, ni BTS, ni equipos de conmutación, ni bases de datos, ni elementos que permitan la utilización de su red como una telefonía móvil”.

En consecuencia, para poder cursar comunicaciones móviles en el Metro de Madrid no bastaría contar con una licencia C1 como la de Metrocall, sino que además de la infraestructura básica sería preciso la instalación de otro tipo de elementos y equipos que sólo podrían ser instalados y explotados por quienes cuentan en la actualidad con una concesión de telefonía móvil automática.

Por tal razón, se decía allí –para desestimar la alegación de TME de que se había producido una extralimitación en el otorgamiento de una Licencia C1 a Metrocall- que “la cobertura, capacidad y calidad de servicio ofrecida por los operadores móviles estaría determinada en parte por el despliegue de la red de Metrocall. Pero sólo son aquéllos los que pueden decidir la cobertura, capacidad y calidad del servicio mínimo que deben dar a sus usuarios y, por lo tanto, es el común acuerdo entre las partes el que debe dirigir el despliegue de una red que provea estas características”.

En consecuencia, los compromisos que pueda adquirir Metrocall respecto de Airtel o terceros en cuanto al despliegue, explotación o gestión, así

como los derechos que pueda ejercitar (entre ellos la ocupación del dominio público) se deben limitar a aquella infraestructura de telecomunicaciones respecto de cuya explotación le habilita su licencia C1, esto es, no toda la que sería necesaria para poder prestar el servicio de telecomunicaciones móviles en el interior del Metro de Madrid, sino únicamente aquélla infraestructura, de acuerdo con su Proyecto técnico, que no implique la transmisión/recepción de señales y el procesado de las mismas.

CUARTO.- Análisis del contenido del Acuerdo comercial presentado a esta Comisión necesidad de introducir modificaciones al mismo y de adoptar medidas para la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en los mercados afectados, y, en especial, para asegurar el cumplimiento por parte de Metrocall de sus obligaciones en calidad de titular de la licencia C1.

4.1 Justificación de la necesidad del análisis.

Como se manifestaba en nuestra anterior Resolución de 20 de septiembre de 2001 de continua referencia, corresponde a esta Comisión, de acuerdo con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, "*salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones*".

En este sentido, es necesario que esta Comisión tome una serie de medidas dirigidas a evitar la aparición de situaciones en el mercado de referencia que impidan la existencia de un nivel aceptable de competencia efectiva en el mismo o en mercados conexos o afines al mismo. Para ello, esta Comisión tiene, entre las funciones que la Ley 12/1997 le otorga, la del artículo 1.Dos.2.c), esto es, la de "*velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, las situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas*", así como la del apartado f) del mismo artículo, que le permite "*adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios*".

No se deben olvidar, en este sentido, una serie de principios que la normativa vigente entiende aplicables en todo caso a la actividad de los distintos operadores.

Así, en el artículo 3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) se establece que «los objetivos de esta Ley son los siguientes: a) Promover, adoptando las medidas oportunas,

las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales».

Como concreción, entre otras, del principio de igualdad de oportunidades, el artículo 6 de la LGTel dispone que *«la prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones podrá realizarse bien mediante autoprestación o bien a través de su oferta a terceros, en régimen de libre concurrencia. En este último caso, se actuará conforme a los principios de objetividad y no discriminación»*.

Pero es más, para los operadores con derechos de ocupación del dominio público se establece, con arreglo al artículo 44 del Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la LGTel, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, aprobado mediante Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, (en adelante, RSU) el cumplimiento de las obligaciones de servicio público establecidas en el artículo 35 de la LGTel y los artículos 7, 8 y 9 del propio Reglamento.

En este sentido, en el artículo 35 de la LGTel se extiende la sujeción, en el desarrollo de su actividad, para los operadores sujetos a obligaciones de servicio público, a los siguientes principios *«el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones para los que aquéllas sean exigibles, se efectuará con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas»*.

Por su parte, el artículo 7 del RSU prescribe que en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público se debe «garantizar el acceso a los servicios», así como *«ofrecer el servicio a todos los usuarios a un precio razonable».*

De hecho, el artículo 4 del RSU establece la «*no discriminación entre los distintos operadores, procurando mantener el equilibrio en el mercado de forma tal que ningún operador obtenga ventajas o desventajas en su actuación en el mercado, como consecuencia de las obligaciones impuestas».*

En los puntos 2.1, 2.4 y 2.13 del apartado 2 “Obligaciones” de la Licencia C1 otorgada a Metrocall mediante Resolución de esta Comisión de fecha 22 de marzo de 2001, se imponen a la licenciataria las siguientes obligaciones:

"2.1 Ofrecer a sus clientes el servicio conforme a los principios de objetividad y no discriminación, al amparo de lo establecido en los artículo 3.f) y 6 de la Ley General de Telecomunicaciones.

...

2.4. Facilitar la interconexión y el acceso a sus redes, en los términos de lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Interconexión y Numeración.

...

2.8 Compartir sus infraestructuras con otros operadores de conformidad con lo establecido en los artículos 47 de la Ley General de Telecomunicaciones y 30.2 de la Orden de Licencias, cuando así sea preciso por razones de interés general o de protección del medio ambiente.

...

2.13 El titular de esta Licencia no incurrirá en conductas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones y deberá cumplir las resoluciones e instrucciones que dicte al respecto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en este ámbito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.11 de la Orden de Licencias."

4.2. Examen del Acuerdo suscrito por Metrocall y Airtel a la luz de la libre competencia.

Con carácter general, el derecho de la competencia europeo y nacional proscriben, entre otros, los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, así como los comportamientos abusivos de aquellas empresas que ostenten una posición de dominio en el mercado.

En concreto, y por lo que respecta al Acuerdo que nos ocupa, se ha de señalar lo dispuesto en la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/02) (en adelante, "Comunicación de Acuerdos de Acceso") en el sentido de que, "*las restricciones de la competencia que estén incluidas en los citados acuerdos o que se deriven de ellos pueden producir dos efectos diferentes: obstaculizar la competencia entre las dos partes del acuerdo de acceso <u>o limitarla en relación con terceros</u>, lo que se produce, por ejemplo, mediante <u>el trato de exclusividad</u> que se conceda a una o ambas partes del acuerdo.....*

Además", sigue añadiendo, "*cuando una parte goza de posición dominante, es posible que las condiciones del acuerdo de acceso conduzcan a un reforzamiento de la misma o a una extensión de dicha posición dominante a un mercado afín, o puede constituir una explotación ilegal de la posición dominante mediante una imposición de condiciones desleales*"[3]

En este sentido, un acuerdo entre agentes económicos podría calificarse como anticompetitivo, si una vez analizadas sus cláusulas y efectos en el mercado, quedara acreditado que concurren cláusulas que pudieran tener como efecto impedir la entrada de competidores en un mercado en el que ya es difícil entrar por las propias condiciones del mercado. Asimismo, podría producirse un abuso contrario a las reglas de la competencia si, además, una de las partes suscribientes de dicho acuerdo goza de una posición dominante y las condiciones del acuerdo que alcanza conduzca a un reforzamiento de la misma o constituya una utilización ilegal de dicha posición de dominio.

Por lo tanto, esta Comisión deberá examinar el Acuerdo formalizado entre Metrocall y Airtel a la luz de las citadas prácticas proscritas, con el objeto de suprimir cualquier cláusula que pueda amparar prácticas anticompetitivas o abusivas, como aquéllas que supongan un trato de exclusividad, la fijación directa o indirecta de precios, la limitación o control del mercado o del desarrollo técnico, el reparto de mercados o la aplicación a terceros condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Para ello, se deberá analizar, en primer lugar, la posición que ocupa cada una de las partes en el acuerdo en su respectivo mercado.

4.2.a). Análisis de la posición que ocupan Metrocall y Airtel en sus respectivos mercados.

De acuerdo con la Comunicación de Acuerdos de Acceso[4], *"toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial disfruta de una posición dominante en el sentido del artículo 86 [ahora 82 del Tratado CE]* ".

La jurisprudencia ha restringido la libertad de contratación de las empresas dominantes en determinadas circunstancias y es, en este contexto, donde surge la doctrina de las *"essential facilities"* o instalaciones esenciales desarrollada por la Comisión Europea como una vía para introducir competencia en mercados descendentes dependientes del suministro de empresas con posición de dominio en mercados ascendentes.

[3] Apartado 131 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso
[4] Apartado 69 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso

En su Comunicación de Acuerdos de Acceso, la Comisión Europea reconoce la relevancia de la doctrina de las instalaciones esenciales a la hora de establecer las obligaciones de los operadores de telecomunicaciones dominantes. Concretamente, se considera que "*la denegación de acceso a instalaciones esenciales puede prohibirse en aplicación del artículo 82 del TCE, si la lleva a cabo una empresa que goce de una posición dominante como consecuencia de controlar dichas instalaciones. La denegación tendrá carácter abusivo cuando repercuta sobre la competencia dando lugar a una explotación o a prácticas anticompetitivas*".

La citada Comunicación de Acuerdos de Acceso también define en su apartado 68 el concepto de instalación esencial en el sector de las telecomunicaciones como la expresión que describe *"aquellas instalaciones o infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y no pueden ser sustituidas por ningún otro medio razonable"*[5].

La Comisión Europea recoge en la Comunicación de Acceso las circunstancias o elementos, que cumulativamente se han de producir para calificar una instalación esencial, cuya denegación de acceso constituya un abuso contrario al artículo 82 del Tratado:

a) *"el acceso a la instalación en cuestión es, en términos generales, fundamental para que las empresas compitan en dicho mercado afín,*

b) *se dispone de suficiente capacidad para facilitar el acceso,*

c) *el titular de la instalación no consigue satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquea la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial o impide la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o productos,*

d) *la empresa que solicita el acceso está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y, por lo demás, aceptará unas condiciones de acceso no discriminatorias,*

[5] Asimismo, en el "Compromiso Adicional de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros con respecto a los principios de regulación" utilizado por el Grupo sobre telecomunicaciones básicas en el marco de las negociaciones en la Organización Mundial de Comercio (OMC) se manifiesta que *"por instalaciones esenciales se entenderán las instalaciones de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) sean suministrados exclusiva o preferentemente por un solo proveedor o un número limitado de proveedores; y b) cuya sustitución a fin de prestar un servicio no sea viable ni económica ni técnicamente".*

e) *no existe justificación objetiva alguna para denegar el acceso.*"

En el caso que nos ocupa, esta Comisión ha concluido que el concepto de "instalación esencial" resulta aplicable a las infraestructuras a través de las cuales se presta el servicio soporte del servicio telefónico móvil de la red de metro de Madrid controlada por Metrocall, de conformidad con el derecho comunitario de la competencia.

En primer lugar, es patente que el acceso a la infraestructura soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil dentro del metro de Madrid prestada por Metrocall es fundamental para que los prestadores de servicios de telefonía móvil operen en la red de metro de Madrid, puesto que la denegación de dicho acceso haría imposible la prestación del citado servicio de telefonía en competencia. Metrocall es la única entidad a la que la Administración titular del citado dominio público le ha permitido (de *"facto"* hasta el momento) el acceso al mismo para instalar la citada infraestructura soporte. Este control de Metrocall de dicha "instalación esencial", derivado de la exclusividad en la obtención de derechos de ocupación del dominio público del metro de Madrid, se ha visto reforzado por la actitud de la Comunidad de Madrid al denegar sistemáticamente las solicitudes de ocupación de los operadores del servicio de telefonía móvil para instalar sus propias redes de telecomunicaciones en el dominio público de la red de metro de Madrid. Es más, según las informaciones han llegado a esta Comisión, la Comunidad de Madrid, únicamente ha requerido el informe preceptivo del Ministerio de Ciencia y Tecnología para la ocupación del dominio público solicitado por Metrocall habiendo omitido la solicitud del citado informe preceptivo con respecto a las peticiones de ocupación del dominio público del Metro de Madrid efectuadas por los operadores del servicio de telefonía móvil.

En segundo lugar, el acceso a la infraestructura soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil dentro del metro de Madrid no plantea ningún problema de capacidad.

En tercer lugar, Metrocall, mediante la denegación de acceso a la infraestructura soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil dentro del metro de Madrid, impediría la competencia en el mercado del servicio de telefonía móvil dentro del metro de Madrid y con la posibilidad de bloquear la irrupción de este nuevo servicio cuya demanda no satisface.

En cuarto lugar, de las alegaciones vertidas y de las actuaciones llevadas a cabo por los interesados en el ámbito de este procedimiento y del seguido en esta Comisión bajo la referencia MTZ 2001/5569, se deduce que los operadores prestadores del servicio de telefonía móvil estarían dispuestos a

abonar un precio razonable y no discriminatorio, y a aceptar condiciones de acceso no discriminatorias.

Por último, en las circunstancias actuales puede indicarse que no existe ninguna justificación objetiva en la que Metrocall pudiera ampararse para denegar el acceso a la infraestructura soporte de la prestación de la telefonía móvil en la red de Madrid o para proceder a dar acceso a un único operador, negándoselo a los restantes en condiciones similares a aquél.

Ante ello debemos concluir que Metrocall (como entidad que controla el acceso a la red soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil dentro de la red de metro de Madrid) goza, actualmente y en mayor medida aún si se le otorga en exclusiva el derecho de ocupación, de una posición de dominio en el mercado de las infraestructuras de red soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en la red de metro de Madrid. Así pues, siguiendo los criterios establecidos por la Comunicación de Acuerdos de Acceso, esta posición dominante de Metrocall derivada del control de dicha infraestructura resulta ser el factor más importante a tener en cuenta por esta Comisión para evaluar el Acuerdo suscrito por Airtel y Metrocall.

Sin embargo, para la valoración del Acuerdo objeto de este procedimiento, esta Comisión también debe tener en cuenta que, además, el acuerdo ha sido suscrito por Airtel, entidad que ostenta, aplicando los criterios de libre competencia, una posición muy relevante en el mercado de servicios telefónicos móviles derivada, fundamentalmente, de su nivel de facturación de servicios en comparación con el total de facturación del mercado de telefonía móvil. Al respecto, cabe señalar que de los datos obrantes en esta Comisión, se deduce que Airtel en el año 2000 ha tenido una cuota de mercado por ingresos totales de servicios finales del 27,1% y que debe tenerse en cuenta que la tendencia en el año 2001 para Airtel ha sido mantener esta cuota alcanzada en términos de facturación por tráfico.

Una vez analizada la posición que las partes intervinientes en el acuerdo ocupan en su respectivo mercado, procede acometer el análisis de las condiciones de acceso recogidas en el Acuerdo, cuyos efectos tengan como objeto impedir, restringir o falsear la libre competencia en el mercado, así como identificar los posibles abusos de la posición de dominio detectada o supongan un fortalecimiento indebido de la misma, en los términos señalados.

Por tanto, se analiza, a continuación, los expositivos y estipulaciones del Acuerdo suscrito entre Metrocall y Airtel en el marco de la prohibición de los acuerdos o prácticas colusorias, sin perjuicio de que también se analice desde la óptica de los comportamientos abusivos prohibidos a entidades que ostenten

una posición de dominio, cuya aplicación paralela resulta compatible según la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

4.2. b). Examen de cláusulas del Acuerdo suscrito por Metrocall y Airtel desde la perspectiva de la libre competencia.

Se ha de avanzar, en primer lugar, que del resultado del análisis realizado sobe el Acuerdo comercial suscrito entre Metrocall y Airtel el día 25 de febrero de 2002, se concluye que el citado Acuerdo contiene previsiones que afectan a las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y las obligaciones que en su condición de operador dominante en el mercado de referencia compele cumplir a Metrocall y de las que se pueden derivar consecuencias que afectan negativamente a los derechos del resto de operadores que son, a su vez, competidores directos de Airtel en la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público. Sin perjuicio de otras consecuencias que se puedan deducir de todo lo manifestado y de las propuestas de modificaciones que se realizan en el presente fundamento de derecho, se han identificado como principales las siguientes prácticas anticompetitivas:

A) Trato de exclusividad a favor de Airtel con la consecuencia de exclusión de terceros interesados.

En relación con las prácticas colusorias prohibidas, la Comisión Europea manifiesta que *"las restricciones de la competencia que estén incluidas en los acuerdos de acceso o que se deriven de ellos pueden producir dos efectos diferentes: obstaculizar la competencia entre las dos partes del acuerdo de acceso o limitarla en relación con terceros, lo que se produce, por ejemplo, mediante el trato de exclusividad que se conceda a una o ambas partes del acuerdo. Además, cuando una parte goza de posición dominante, es posible que las condiciones del acuerdo de acceso conduzcan a un reforzamiento de la misma o a una extensión de dicha posición dominante a un mercado afín, o puede constituir una explotación ilegal de la posición dominante mediante la imposición de condiciones desleales."*[6]

A *priori*, ha de tenerse en cuenta que cualquier trato de exclusividad a Airtel en el acceso a la red de Metrocall, dada su posición de dominio en el mercado de referencia, puede ser considerada una restricción de la competencia no sólo en el mercado de acceso a dicha infraestructura soporte sino en el mercado del servicio telefónico móvil disponible al público que pudiera prestarse en el metro de Madrid, dado que con esa exclusividad quedarían limitadas las posibilidades no sólo de que otros operadores distintos

[6] Punto 3 -denominado "Acuerdos de acceso"- incluido en la Parte III PRINCIPIOS de la Comunicación de Acuerdos de Acceso.

de Airtel pudieran celebrar acuerdos en condiciones similares con el único proveedor de acceso a esa instalación esencial, esto es, Metrocall, sino también de que otros operadores presten el servicio telefónico móvil en la red de metro de Madrid en las mismas condiciones que Airtel.

En efecto, en el Acuerdo entre Metrocall y Airtel aquí analizado debe destacarse de modo principal la existencia de previsiones que pueden suponer una restricción de la competencia en el mercado de servicio telefónico móvil en el metro de Madrid y en el establecimiento de una infraestructura alternativa, restricción derivada de las relaciones de exclusividad con que se pacta la contratación de los derechos de uso de la red. En este sentido cabe señalar el apartado 134 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso, que establece la posibilidad de que los acuerdos de acceso *"produzcan efectos de exclusión sobre terceros"*, lo cual afecta negativamente a la competencia. Así, la exclusividad en la relación entre Metrocall y Airtel se puede derivar tanto de la previsión de un derecho de veto de Airtel, sin cuyo consentimiento no sería posible que otros operadores utilizaran la red de Metrocall, como de otras previsiones como puedan ser el establecimiento de un diseño de red que impida su utilización por el resto de operadores potencialmente interesados o la imposición a éstos de unos costes excesivos en relación con sus solicitudes de acceso, de tal manera que el conjunto de las mismas conlleve la inviabilidad para otros operadores de solicitar el acceso.

Por otro lado, en cuanto al diseño de la red, la concesión a Airtel de unos derechos de instalación de sus estaciones base en las ubicaciones idóneas, el otorgamiento a Airtel del derecho a determinar el diseño de la red, la imposición de un precio predeterminado al margen del momento en que se ejerza el acceso y los servicios concretamente demandados, son previsiones que a través de su juego conjunto podrían hacer inviable el acceso de terceros operadores asegurando, en consecuencia, a Airtel la exclusividad en la utilización de la red de Metrocall.

Tal y como hemos visto, desde el momento en que actualmente la Comunidad de Madrid no ha reconocido a ninguno de los operadores de comunicaciones móviles la posibilidad de ocupar el dominio público para el establecimiento de su propia red soporte en Metro de Madrid, no existen alternativas comercialmente viables al acceso a la red de Metrocall en su caso, con lo que la parte que lo solicitara no podría operar en el mercado de servicios. Así, la denegación del acceso implicaría la imposibilidad e inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades del operador que lo solicita en el mercado de referencia[7] y *"en consecuencia, la denegación en este caso limitaría (...) u obstaculizaría el desarrollo de la competencia"*[8] constituyendo,

[7] Apartado 91 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso.
[8] Apartado 88 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso.

en consecuencia, una denegación abusiva carente de justificación objetiva alguna. Asimismo, tal y como establece la Comunicación de Acuerdos de Acceso, *"la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicio"*[9] constituiría una conducta abusiva sino estuviera objetivamente justificada.

B) Obligación de no discriminar.

Metrocall, en tanto que titular de una facilidad esencial y, por tanto, ostentando una posición de dominio en los términos anteriormente expuestos, está obligada a suministrar el acceso a sus instalaciones sin vulnerar su obligación de no discriminar, esto es, a unos operadores en unas condiciones no menos favorables que las concedidas a otros operadores. De otro modo, estaría abusando de su posición de dominio, salvo que se ofreciera una justificación objetiva y esta Comisión la estimara veraz, razonable y suficiente[10].

En efecto, determinadas previsiones del Acuerdo entre Metrocall y Airtel pueden suponer una discriminación entre los distintos operadores de comunicaciones móviles favorable a Airtel, desde el momento en el que Metrocall se está comprometiendo a suministrar a este operador el acceso a su red en condiciones tales que resulta imposible ofrecer también a otros operadores. Por tanto, a tenor de lo señalado por la Comunicación de Acuerdos de Acceso en sus puntos 121 y 124, tal discriminación resultaría contraria al régimen de libre concurrencia, al limitar la competencia en el mercado de acceso al servicio soporte del servicio telefónico móvil en la red de metro de Madrid y en el de prestación del servicio de telefonía móvil mediante dichas instalaciones en igualdad de condiciones, tal y como se ha señalado con anterioridad. En concreto, los precios, las restricciones o los plazos aplicados para el acceso, el suministro de información y otras previsiones del acuerdo son susceptibles de generar ventajas competitivas injustificadas a Airtel en detrimento del resto de operadores que se verían, de esta manera, discriminados[11].

Así, la fijación en el Acuerdo entre Airtel y Metrocall de los precios que el resto de operadores habrían de abonar en caso de utilización de la red de Metrocall supone una discriminación injustificada con respecto al resto de operadores, en la medida en que sólo Airtel habría podido disfrutar en consecuencia de la posibilidad de negociar sus precios de acceso a la red con arreglo a las condiciones deseadas por dicho operador. Tanto los precios como

[9] Apartado 84 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso
[10] Apartados 91 a 93 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso.
[11] Al respecto, vid. las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02), en adelante Directrices sobre competencia en las Telecomunicaciones.

las condiciones acordadas por Airtel serían aplicadas al resto de los operadores sin que éstos hayan tenido la posibilidad siquiera de negociar con arreglo al principio de libre voluntad de las partes que sólo Airtel habría disfrutado.

Del mismo modo, la fijación de un derecho de establecimiento de estaciones base y otros equipos a favor de Airtel, o un diseño de red adecuado a las necesidades de este operador, supone una discriminación y, por tanto, una desventaja competitiva con respecto al resto de operadores en la medida en que no se asegure a ambos un derecho de establecimiento de equipos similar y la posibilidad de que el diseño de red tenga en cuenta sus necesidades en la misma medida que las de Airtel. Similares consideraciones pueden efectuarse con respecto al otorgamiento a Airtel de un derecho de tanteo sobre la capacidad excedentaria de la red de Metrocall.

C) Acceso por parte de Airtel a información sensible de sus competidores.

Por otra parte, el Acuerdo entre Metrocall y Airtel configura a este último como *Prime Contractor* con unas facultades entre las que está la capacidad de negociar directamente con los demás operadores interesados en utilizar la red de Metrocall. Esta facultad implica necesariamente que Airtel va a adquirir importante información relativa al uso de la red que lleven a cabo los restantes operadores móviles. En ambos casos, se está otorgado a Airtel la posibilidad de conocer información sensible de sus propios competidores, ya sea la que éstos habrían de suministrar durante un proceso de negociación como es el necesario para acordar el acceso a la red y sus condiciones, singularmente las económicas, como la que se obtendría de la utilización por el resto de operadores de la mencionada red. Este conocimiento por un operador de la información de sus competidores puede igualmente suponer no sólo un reforzamiento de la posición de relevancia de Airtel en el mercado del servicio telefónico móvil en el metro de Madrid, sino también en el acceso a la infraestructura soporte, al tener acceso esta entidad a una información que se deniega a otras prestadoras del mismo servicio, lo que constituiría también una desventaja a la hora de competir. Así, se mantiene por las Directrices de Competencia en las Telecomunicaciones antes citadas[12], que *"puede constituir una discriminación contra las empresas a las que se niega la información"*.

En este sentido, es evidente que Metrocall habrá de ofrecer a todos los operadores condiciones equitativas y no discriminatorias, sin que se generen ventajas competitivas injustificadas entre unos y otros. De hecho, es un principio aceptado en derecho de la competencia que las empresas que gocen de posición dominante están obligadas a facilitar el acceso de modo que se

[12] Apartado vii.

disponga de los productos y servicios ofrecidos a las empresas de operaciones derivadas en unas condiciones no menos favorables que las concedidas a otras partes, incluidas sus propias divisiones de operaciones derivadas[13].

Tal y como establece la Comunicación sobre Acuerdos de Acceso, *"un prestador de acceso dominante no podrá discriminar entre las partes participantes en los distintos acuerdos de acceso (...). Toda discriminación es contraria a los dispuesto en el artículo 86 [actual 82], con independencia de que se derive o se demuestre por las condiciones de un acuerdo de acceso específico"*.

D) Configuración de la red.

Finalmente cabe resaltar que a tenor de las estipulaciones del Acuerdo comunicado a esta Comisión, Airtel "diseñará" la red de Metrocall en colaboración con esta entidad. Ante ello, cabe señalar que la Comunicación de Acuerdos de Acceso determina que no sólo se produce abuso de posición de dominio con la negativa a facilitar el acceso, sino que también tal abuso puede existir aún cuando se conceda el mencionado acceso. En este sentido, señala la citada Comunicación que *"Toda configuración de red efectuada por un operador de red que goce de una posición dominante y que haga aún más dificil el acceso para los prestadores de servicios, podría ser constitutiva de abuso, a menos que fuese objetivamente justificable.."*[14]. Esto refleja las grandes cautelas que esta Comisión ha de desarrollar frente al derecho pactado por Metrocall y Airtel de que sea esta última entidad quien diseñe la red soporte del servicio telefónico móvil en la red del Metro de Madrid, para que no se esté amparando una posición que pudiera dar lugar a situaciones anticompetitivas (prohibidas por el artículo 82 del Tratado CE) que impidan que otros operadores puedan solicitar a Metrocall las características de sus propios accesos a la red.

4.3 Conclusiones del análisis.

Consecuentemente, analizado desde la óptica de la libre competencia el Acuerdo comercial suscrito entre Metrocall y Airtel el día 25 de febrero de 2002, resulta acreditada la existencia de cláusulas o condiciones de acceso colusorias y abusivas, basadas en un trato de exclusividad y de otorgamiento de ventajas injustificadas a un operador y no a otro, y que tienen por efecto impedir o limitar la competencia en el mercado de acceso a la infraestructura soporte del servicio telefónico móvil en la red de metro de Madrid y en el mercado de la prestación del servicio telefónico móvil en dichas instalaciones. Así, el apartado 13 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso establece que

[13] Apartado 86 de la Comunicación de Acuerdos de Acceso.
[14] En su apartado 102.

"las autoridades de reglamentación y competencia tienen el deber de no autorizar cualquier práctica o acuerdo contrarios a la normativa comunitaria de competencia". De modo similar, el apartado 19 de la mencionada Comunicación establece que *"las ANR [Autoridades Nacionales de Reglamentación] han de asegurarse de que las iniciativas que adopten se ajustan a la normativa de competencia comunitaria, lo que les prohibe adoptar cualquier tipo de medida contraria a la protección efectiva de los derechos conferidos por el Derecho comunitario en el marco de las normas de competencia. Por consiguiente, no tendrán la facultad de autorizar los acuerdos que sean contrarios a tales normas"*.

Por otra parte, analizado el Acuerdo desde la óptica de la normativa sectorial de telecomunicaciones se llega a la conclusión que el mismo contiene previsiones que también contravienen lo establecido en los artículos 3 y 6 de la LGTel. El primero prevé como uno de los principales objetivos de la misma el de promover las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales y el segundo impone la obligación de prestar los servicios conforme a los principios de objetividad y nos discriminación. Asimismo, se conculcan el artículo 35 de la citada Ley y los artículos 4, y 7 del RSU y los puntos 2.1, 2.4 y 2.13 del apartado 2 "Obligaciones" de la Licencia C1 otorgada en su día a Metrocall.

Al objeto de eliminar la posibilidad de que la ejecución del Acuerdo pueda producir las consecuencias anticompetitivas y contrarias a la normativa sectorial de las telecomunicaciones identificadas anteriormente, se hace necesario adoptar una serie de medidas, que se explicitan a continuación.

Quinto. Medidas a adoptar para salvaguardar el derecho de los operadores de telefonía móvil a ocupar el dominio público de la red de Metro de Madrid.

5.1. Examen de la situación actual

Como ya poníamos de manifiesto en los fundamentos de derechos quinto y sexto de nuestra Resolución de 20 de septiembre de 2001, parte de los cuales reproducimos más adelante, tanto Metro de Madrid como Metrocall deberían haber solicitado la autorización para la ocupación del dominio público de la red de metro de Madrid para el establecimiento de sus respectivas redes a las que les habilitan sus licencias C1 (recordemos que parte de la red de Metro ha sido cedida a Metrocall). Tal ocupación debería haberse realizado de conformidad con lo establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones que regula la forma en la que debe ser ejercido el derecho de ocupación del

dominio público por los operadores de telecomunicaciones (artículos 47 de la LGTel y 48 y 49 del RSU)[15].

En la citada Resolución esta Comisión reconocía que Metrocall y Metro de Madrid estaban ocupando el mencionado dominio público infringiendo claramente las normas reguladoras de tal ocupación y se recordaba su obligación de solicitar formalmente el reconocimiento del derecho.

Pues bien, como resulta de los antecedentes de hecho de esta resolución y del examen que los fundamentos de derecho anteriores hacen del contrato suscrito entre Airtel y Metrocall, la situación actual es la siguiente:

1. Metrocall está instalando su infraestructura de telecomunicaciones en la red de Metro de Madrid (expositivo sexto del acuerdo).

2. Metrocall ha solicitado a la Comunidad de Madrid el derecho de ocupación del dominio público constituido por la red de Metro de Madrid.

3. La Comunidad de Madrid ha solicitado al Ministerio de Ciencia y Tecnología, y éste ha evacuado, el informe sobre tal ocupación de dominio público por el operador Metrocall, S.A.

4. METRO DE MADRID, S.A. parece haber elaborado un informe sobre la necesidad de que exista una única infraestructura de telecomunicaciones, para la prestación del servicio de telefonía móvil, en la red del metropolitano madrileño, a disposición de todos los operadores interesados en su utilización.

5. El convenio entre Airtel y Metrocall presupone que, efectivamente, va a existir una única infraestructura en la red de Metro de Madrid. Este acuerdo ya ha sido calificado como contrario a la libre competencia y a las obligaciones de Metrocall en cuanto a su condición de titular de una licencia individual de tipo C1.

Los antecedentes anteriores permiten presuponer que la decisión que la Comunidad de Madrid va a adoptar en el procedimiento abierto a instancias de Metrocall pudiera ser el reconocimiento a este operador del derecho exclusivo a instalar y explotar la única infraestructura soporte de las redes de telefonía móvil que presumiblemente va a autorizarse en el dominio público de la red de Metro de Madrid.

[15] Tal normativa tiene por objeto, entre otros, el de asegurar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de dicho derecho por todos los operadores y evitar así los posibles perjuicios del resto de los operadores con derecho genérico de ocupación a los que se podría privar de acudir a los procedimiento de compartición de infraestructuras previstos en la normativa referida.

Sin embargo, la aplicación de la legislación de telecomunicaciones en lo relativo al uso del dominio público justificaría la adopción por la Comunidad de Madrid de una decisión distinta a la expuesta, como pasamos a exponer.

5.2. Normativa sobre ocupación del dominio público para infraestructuras de telecomunicaciones.

La ocupación del domino público es un aspecto regulado por la normativa de telecomunicaciones para permitir el establecimiento de las redes públicas de telecomunicaciones en un régimen de competencia. Con relación al dominio público de metro de Madrid no podemos olvidar que hay una pluralidad de operadores interesados en usar dicho dominio para instalar su red pública de telecomunicaciones. Si la Comunidad de Madrid, titular de ese dominio público, prevé que la actuación descoordinada de estos operadores pudiera ocasionar un perjuicio a los intereses públicos para cuya protección es competente, deberá seguir el procedimiento de compartición de infraestructuras, que es el mecanismo previsto por la normativa sectorial de telecomunicaciones vigente para solucionar estos supuestos.

A continuación se analiza esta situación, en línea con lo ya manifestado por esta Comisión en su Resolución de 20 de septiembre de 2001 de contínua referencia:

a) Principios generales aplicables a la ocupación del dominio público por los operadores de telecomunicaciones:

De acuerdo con el artículo 43 de la LGTel los operadores de redes públicas de telecomunicaciones pueden beneficiarse del derecho a la ocupación del dominio público.

El reconocimiento del mencionado derecho no excluye que el operador interesado en la ocupación de un determinado bien de dominio público deba solicitar una habilitación concreta para poder ocuparlo. Esta habilitación concreta corresponde concederla a la Administración titular del bien de que se trate, Administración que podrá ostentar, asimismo, otras competencias en relación con las finalidades públicas a que esté afecto el bien demanial.

Las condiciones que estas Administraciones titulares del dominio, de conformidad con los motivos de interés público para cuya protección sean competentes, pueden imponer a los operadores de telecomunicaciones con relación a su actividad de instalación de redes en el dominio público, tienen por límite el derecho a la ocupación del dominio público que esté reconocido a los operadores, de conformidad a lo dispuesto en la legislación de telecomunicaciones.

En efecto, como venimos manteniendo, las Administraciones titulares del dominio público no pueden desconocer el mencionado derecho y, en consecuencia, no pueden impedir, con carácter general, que los operadores que tengan reconocido el derecho de ocupación lo ejerciten. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000 a los que nos referíamos en nuestra anterior Resolución.

De acuerdo con estos parámetros, una Administración titular de un bien de dominio público no puede decidir acerca de la concreta solicitud de ocupación presentada por un operador de telecomunicaciones sobre la base de la *conveniencia* de la misma, criterio que, con carácter general, se recoge en la normativa reguladora del dominio público local a propósito de su ocupación, dado que en el caso de los operadores de telecomunicaciones existe un derecho de ocupación que les ha sido reconocido conforme al procedimiento previsto en la legislación de telecomunicaciones.

Cabe precisar, como ya lo ha manifestado esta Comisión en otras ocasiones, que este derecho (que tiene como punto de partida la configuración de las telecomunicaciones como una actividad de interés general y cuyo reconocimiento a un operador permite, además, imponerle obligaciones de servicio público) resulta, asimismo, de especial relevancia para garantizar la existencia de una pluralidad de oferta de redes públicas de telecomunicaciones y que dicha oferta es fundamental para conseguir los objetivos que se marcan en la LGTel.

Pues bien, conforme a la LGTel, solamente por razón de la protección de los intereses públicos para los que la Administración titular del bien sea competente (principalmente, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de requisitos urbanísticos), sería posible que tal Administración limitara o condicionara una concreta solicitud de ocupación formulada por un operador que cuente con un derecho genérico a la misma.

No obstante, los motivos mencionados no pueden llevar nunca a imponer *"restricciones absolutas"* al derecho de ocupación del dominio público por los operadores, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo a que antes se ha hecho referencia.

La cuestión es que la apreciación de los "requisitos esenciales" por parte de la Administración titular del bien, así como las medidas que establezca conforme a la mencionada apreciación, habrán de resultar proporcionadas (es decir, habrá de existir una adecuación a la finalidad de proteger el interés público de que se trate y la medida en cuestión habrá de resultar necesaria

para alcanzar la protección de dicho interés), transparentes y no discriminatorias y basadas en criterios objetivos.

b) Circunstancias concurrentes con relación al dominio público de metro de Madrid:

Del examen de los hechos que han sido objeto del presente procedimiento se observa la existencia de una pluralidad de operadores de redes públicas de telecomunicaciones interesados en ocupar el dominio público de la red de Metro de Madrid, al objeto de instalar en dicho dominio una red pública de telecomunicaciones. Asimismo, del examen de estos hechos resulta que este interés ha sido puesto en conocimiento de la Administración Pública titular de dicho dominio (la Comunidad Autónoma de Madrid), que es a quien compete autorizar la concreta ocupación.

Así resulta tanto de los diferentes escritos presentados por los ope radores[16], como del informe de fecha 19 de abril de 2002, elaborado por la Subdirección General de Infraestructuras y Normativa Técnica del Ministerio de Ciencia y Tecnología en relación con la *"ocupación de dominio público (red ferroviaria de Metro de Madrid) afecto a la Comunidad Autónoma de Madrid por el operador Metrocall, S.A."*. Dicho informe se ha expedido a raíz del escrito presentado por la Dirección General del Suelo de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid, en el que se solicitaba al Ministerio de Ciencia y Tecnología que elaborase el informe previsto en el artículo 44.2 de la LGTel en relación con la solicitud de ocupación del dominio público formulada por Metrocall ante la Comunidad de Madrid.

En el citado informe la citada Subdirección General señala que *"entre la documentación aportada* [por parte de la Dirección General del Suelo de la Comunidad de Madrid] *figura copia de los escritos de fecha 27 de diciembre de 2001 y 12 de febrero de 2002 de la Comunidad de Madrid a Metro de Madrid, S.A., solicitando informe sobre las distintas solicitudes de uso del dominio público presentadas por varios operadores de telecomunicaciones"*.

[16] TME (escritos de 11 de marzo de 2002 y 26 de abril de 2002) señala que solicitó a la Comunidad la mencionada ocupación, que recurrió en alzada frente a la desestimación presunta de esta solicitud y que ha presentado recurso en vía contencioso-administrativa. Amena indica que ha presentado solicitud de ocupación en fecha 4 de enero de 2002. Metrocall –en el expositivo 5º del convenio firmado con Airtel- señala que ha solicitado a la Comunidad de Madrid la autorización necesaria para la ocupación del dominio público que abarca la red del Metro de Madrid, para el uso de la misma al objeto de llevar a cabo su proyecto. En cuanto a Airtel, el informe de la Subdirección General de Infraestructuras y Normativa Técnica del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 19 de abril de 2002 señala que, por virtud de dos escritos (de 6 julio y 6 de septiembre de 2001) Airtel Móvil, S.A. ha informado al Ministerio de la solicitud presentada a la Dirección General del Suelo de la Comunidad de Madrid para ocupar el dominio público afecto a metro de Madrid.

Por otra parte, del examen de los documentos obrantes en el expediente administrativo objeto de la presente Resolución resulta que la Administración titular del dominio público ha podido apreciar la existencia de ciertas razones de interés público (vinculadas a los intereses a los que está afecta la red de metro de Madrid) que podrían llevar a establecer restricciones al hecho de que los diferentes operadores interesados ejercitaran cada uno, separadamente, su derecho de ocupación. En efecto, Metrocall señala en el expositivo 3º del acuerdo firmado con Airtel que la instalación de una red pública de telecomunicaciones en la red de ferrocarril metropolitano de Madrid *"ha de ajustarse a una serie de exigencias y principios"*, entre los que menciona que *"tiene que prevalecer la seguridad y la calidad del transporte de viajeros".* Por otro lado, en el informe de 19 de abril de 2002 elaborado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología se menciona, como ya ha quedado expuesto, que la Comunidad de Madrid ha solicitado a Metro de Madrid, S.A. informe sobre las distintas solicitudes de uso del dominio público presentadas por varios operadores, y también se menciona que Metro de Madrid ha estimado, en un informe, *"la necesidad de que exista una única infraestructura de telecomunicaciones, para la prestación del servicio de telefonía móvil, en la red del metropolitano madrileño, a disposición de todos los operadores interesados en su utilización"*.

Concurren, por lo tanto, dos circunstancias:

1) La existencia de una pluralidad de interesados en ocupar el dominio público del metro de Madrid, al objeto de instalar una red pública de telecomunicaciones.

2) La existencia de intereses públicos ("requisitos esenciales") que podrían resultar lesionados si los diferentes operadores interesados llevaran a cabo la ocupación del dominio público que pretenden sin una coordinación de sus actuaciones.

La concurrencia de estas circunstancias son el presupuesto de la compartición de infraestructuras.

c) Procedencia de la compartición de infraestructuras:

La normativa de telecomunicaciones (así lo prevé tanto la normativa europea como la normativa española resultante de la trasposición de aquella) tiene establecido un mecanismo para que el derecho que los operadores tienen a la ocupación del dominio –por motivo de la configuración de las telecomunicaciones como actividades de interés general- no se ejercite con lesión de los intereses públicos a que está afecto el dominio público que se

ocupa. Este procedimiento es la compartición entre operadores de las infraestructuras que se instalen, y tiene por objeto proteger los intereses públicos afectados por una ocupación *asegurando que esa protección se efectúa en un marco de igualdad entre los distintos operadores interesados*.

Se trata por tanto de asegurar que, en el caso de que los operadores no puedan realizar su ocupación según lo que eventualmente serían sus iniciales previsiones, ello no implique que haya sólo un número determinado de operadores accedan al uso del dominio público para establecer infraestructura, debiendo sufrir los restantes operadores las restricciones que resulten necesarias para proteger los intereses públicos a que está afecto el demanio que se ocupa.

El respeto a la igualdad de oportunidades entre los operadores, y, específicamente, la supresión de los derechos exclusivos o especiales que se ostentare por determinados operadores -también en el aspecto concerniente a la ocupación del dominio público- constituye uno de los pilares de la liberalización europea de las telecomunicaciones, y es objetivo específico de la Ley General de Telecomunicaciones española.

En consonancia con los principios y normas que se encuentran recogidos en el ordenamiento comunitario, la Ley General de Telecomunicaciones fija como objetivo, en su artículo 3, *"Promover, adoptando las medidas oportunas, las condiciones de competencia entre los operadores de servicios, con respeto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales"*. En materia de ocupación del dominio público el artículo 44.2 de la mencionada, en su párrafo segundo, establece:

> *"Las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios."*

Con relación a la compartición de infraestructuras, la Exposición de Motivos de la LGTel señala que *"Estas obligaciones* [las obligaciones de carácter público] *incluyen la exigencia de la utilización compartida de las infraestructuras, para reducir al mínimo el impacto urbanístico o medioambiental derivado del establecimiento incontrolado de redes de telecomunicaciones"*. Para proteger los diferentes intereses públicos que puedan ser lesionados por una pluralidad de ocupaciones demaniales (intereses que, básicamente, se agrupan en intereses de tipo urbanístico o medioambiental), la LGTel permite que las Administraciones titulares del dominio público impongan a los operadores la obligación de uso compartido de infraestructuras.

Ha de aclararse que esta compartición puede ser tanto del dominio que se ocupa, a los efectos de que cada operador partícipe comparta el uso de este dominio para establecer en él su propia infraestructura, como, también, puede ser *una compartición entre los diferentes operadores de la propia infraestructura que se instale* en el dominio público, estableciéndose el uso compartido de esta infraestructura única al objeto de articular las redes de los operadores interesados. Así lo expresa el artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público.

Por ello, no puede organizarse la ocupación de un bien de dominio público de modo que sea un único operador o unos únicos operadores los que lleven a cabo la misma, debiendo pasar los demás operadores interesados por la ocupación que realice ese o esos operadores. Para proteger los intereses públicos implicados ha de respetarse el procedimiento de compartición de infraestructuras.

Como ya señaló esta Comisión en su Resolución de 20 de septiembre de 2001, de contínua referencia:

> "Consecuentemente con lo anterior, cabe concluir que la fórmula que tácitamente ha adoptado la Comunidad de Madrid (a través de Metro de Madrid y de Metrocall), no es ajustada a la normativa reguladora del establecimiento y la explotación de redes públicas de telecomunicaciones ni a las reglas de la libre competencia que, de conformidad con la citada normativa y la legislación comunitaria al respecto, deben presidir tales actividades."

Esta obligación de compartición puede ser impuesta de acuerdo con un determinado procedimiento.

De conformidad con lo previsto en la LGTel y en el RSU, para aplicar este procedimiento es necesario que el supuesto de que se trate esté previsto en una Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que habrá de establecer los supuestos de compartición. Todavía no se ha aprobado una Orden que, de una manera general, regule los supuestos de uso compartido. No obstante, el Ministerio de Ciencia y Tecnología ha recibido múltiples solicitudes de diferentes Administraciones titulares de dominio público que se encuentran interesadas en iniciar procedimientos de uso compartido sobre los bienes de los que son titulares. A tal efecto, el citado Ministerio viene aprobando una serie de Órdenes por las que se declara de utilización compartida, a los efectos de la

instalación de redes públicas de telecomunicaciones, diversos bienes de dominio público, según lo solicitado por su Administración titular[17].

Si la Comunidad de Madrid aprecia que concurren intereses que justifican limitar las actuaciones de instalación de redes de telecomunicaciones, al objeto de que las mismas no resulten descoordinadas, deberá atenerse a este procedimiento de compartición.

El procedimiento de compartición viene desarrollado en el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público. Los trámites procedimentales previstos en el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 47 de la LGTel, son los siguientes:

- *Recibida una solicitud de ocupación del dominio público, la Administración titular de este dominio efectuará un anuncio público otorgando un plazo de veinte días a los otros operadores de redes públicas de telecomunicaciones para que manifiesten su interés en la utilización compartida.*

- *Si alguno de éstos manifestara su interés en la utilización conjunta del bien, se otorgará un plazo de veinte días a los interesados para que fijen las condiciones de dicha utilización.*

- *En el caso de que no se produzca acuerdo entre los interesados en el plazo indicado, cualquiera de ellos puede acudir a la CMT para que establezca, mediante resolución, las condiciones (técnicas, económicas, de reparto de instalaciones...) de la compartición. De esta resolución se dará traslado a los interesados y al Ministerio de Ciencia y Tecnología*

- *El Ministerio de Ciencia y Tecnología emitirá informe acerca del la existencia de un reconocimiento genérico del derecho de ocupación a favor de los diferentes operadores interesados en la compartición, y acerca de la coherencia que tenga el proyecto específico de ocupación con las previsiones de extensión y delimitación geográfica contenidas en los proyectos técnicos de las correspondientes licencias individuales otorgadas a esos operadores.*

- *La Administración titular del dominio público resolverá el expediente de ocupación, debiendo recoger, entre las obligaciones impuestas al beneficiario, las de permitir el uso compartido, de acuerdo con lo resuelto por la CMT.*

[17] En este sentido, están declarados de uso compartido los bienes de más de setenta municipios, así como diversos bienes de dominio público estatal y provincial.

Es éste el cauce que está establecido para poder obligar a los operadores al uso compartido de infraestructuras. Sólo de acuerdo con este procedimiento –respetando las concretas garantías que constituyen sus diferentes trámites- podrá *imponerse* a los operadores la obligación de compartición.

Es de destacar que, con arreglo a lo previsto en este procedimiento compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología informar sobre la existencia de un derecho a la ocupación de parte del operador interesado en el uso del dominio público, así como sobre si el proyecto técnico presentado por el operador para la ocupación es coherente con el título de telecomunicaciones otorgado a dicho operador.

En sus escritos de 11 de marzo de 2002 y 26 de abril de 2002 (según la fecha de entrada en el Registro de esta Comisión), TME señala que la Comunidad de Madrid *ha desconocido el derecho que le asiste a la ocupación del dominio público alegando la no titularidad por parte de TME de un derecho a ocupar bienes de dominio público*. Ahora bien, para analizar este aspecto (la existencia o no de derecho) existe un trámite específico, ya señalado anteriormente: el informe que emite al respecto el Ministerio de Ciencia y Teconología. Así se establece en el artículo 44.2 de la LGTel y en el artículo 46.2 del Reglamento de obligaciones de servicio público.

En fecha 19 de noviembre de 2001, el Ministerio de Ciencia y Tecnología emitió un informe sobre el reconocimiento del derecho de ocupación en relación a los títulos habilitantes que ostenta TME, si bien el informe sobre tal aspecto no ha sido solicitado por la Comunidad de Madrid, lo que habría de haberse producido en cumplimiento del trámite que prevé la normativa de telecomunicaciones. Como señala el informe de 19 de abril de 2002, trasladado a esta Comisión por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, *"No consta en esta Secretaría de Estado que se haya solicitado el informe previsto en el artículo 44.2 de la Ley General de telecomunicaciones, y el artículo 46.2 del Reglamento sobre obligaciones de servicio público, en relación con las solicitudes de ocupación de dominio público a los efectos del tendido de redes públicas de telecomunicaciones, formuladas ante esa Administración por Telefónica Móviles España, S.A. y Airtel Móvil, S.A."*. Asimismo, en el punto 5 del informe se señala que *"No consta que la Comunidad de Madrid, como titular del domino público de que se trata, haya realizado el procedimiento de uso compartido de infraestructuras previsto en el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público"*.

d) Necesidad de respetar lo preceptuado por la normativa de telecomunicaciones:

Teniendo en cuenta la normativa aplicable que se ha expuesto y a la vista de las circunstancias de hecho que concurren en el presente supuesto, lo que corresponde, en aplicación de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, y en su Reglamento de desarrollo en materia de obligaciones de servicio público, es que, en el procedimiento de ocupación del dominio público que se siga para autorizar el uso de dicho dominio al objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones, se respeten los trámites establecidos para la compartición de infraestructuras, tal como preceptúa la normativa mencionada.

Con ello, si, reconocido a un operador su derecho a la ocupación del dominio público, sin haberse seguido el procedimiento de compartición, se denegara a otro operador su solicitud de ocupación del dominio público -aun cuando la denegación se efectuara por motivo de existir razones de interés público-, se estaría infringiendo el artículo 44.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, que prohibe que las condiciones y requisitos que establezca una Administración titular de dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, sean discriminatorias.

El procedimiento de compartición garantiza, a todos los operadores, que podrán concurrir en condiciones de igualdad a la instalación de sus redes públicas de telecomunicaciones en los supuestos en que existan restricciones a la instalación de infraestructuras en el dominio público.

Asimismo, el hecho de que una Administración titular del dominio público establezca –imponiéndoselo a los operadores-, un mecanismo de compartición diferente al procedimiento de compartición contemplado en la Ley, sin perjuicio de la vulneración del principio de igualdad que el concreto mecanismo alternativo pudiese implicar, constituiría, en todo caso, una infracción de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley General de Telecomunicaciones, y artículos concordantes del Reglamento de obligaciones de servicio público. La Ley General de Telecomunicaciones y el Reglamento de obligaciones de servicio público determinan cuál es el procedimiento que permite imponer a los operadores el uso compartido de las infraestructuras. No puede, por tanto, imponerse a los operadores un mecanismo de compartición diferente, a menos que todos los operadores interesados decidieran someterse voluntariamente al mismo, llegando a un acuerdo sobre la compartición.

Ha de señalarse que, en el seno de este procedimiento de compartición articulado en LGTel y Reglamento de obligaciones de servicio público, compete a la CMT –y no a la Administración titular del dominio público- resolver los conflictos que surjan entre los operadores en materia de compartición, cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, estando facultada para imponer condiciones de uso compartido (incluyendo *"la fijación de criterios del reparto*

de costes, del reparto de las instalaciones o de la propiedad"), tras un período de consulta pública y audiencia a las partes afectadas.

Como señala el Ministerio de Ciencia y Tecnología en su informe de 19 de abril de 2002, en concreto, en su punto 7, *"La pretensión del operador solicitante* [Metrocall] *de erigirse en un operador de operadores ocupando él exclusivamente el dominio público afecto a la Comunidad de Madrid, sólo sería compatible con el reconocimiento del derecho genérico de ocupación de dominio público que la Ley 1171998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, reconoce a todos los operadores titulares de licencias individuales a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público, en el caso de que exista acuerdo entre todos los operadores interesados en el uso de ese dominio público, o en su caso con las condiciones establecidas, mediante Resolución, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones"*. Así, o se trata de una solución voluntariamente acordada por todos los operadores o se trata de una solución impuesta por esta Comisión, en el seno del procedimiento de compartición.; de lo contrario se están invadiendo las atribuciones que tiene la Comisión.

Por tanto, la Administración titular del dominio público, que en este caso es la Comunidad de Madrid, no puede imponer a los operadores una determinada solución de compartición, la cual compete establecerla a la Comisión.

De acuerdo con todo lo anterior, ha de concluirse lo siguiente:

1- Si la Comunidad Autónoma de Madrid aprecia que concurren intereses públicos en el dominio público del Metro de Madrid que pueden justificar la introducción de limitaciones a la ocupación que lleven a cabo los operadores, ha de solicitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología que el dominio público de su titularidad sea declarado de uso compartido, al objeto de que se siga el procedimiento de compartición, que permita a los operadores acordar los términos en que tendrá lugar el uso compartido de la infraestructura que se instale. A tal efecto, anunciará a los operadores la posibilidad que tienen de compartir.

2- Si la Comunidad de Madrid reconociese a un operador un derecho exclusivo a la ocupación del dominio público del Metro se estaría infringiendo la normativa de telecomunicaciones. En particular, se infringiría la prohibición de establecer condiciones discriminatorias en materia de ocupación del dominio público, contenida en el artículo 44 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Si la Comunidad de Madrid obligase a los operadores interesados en la instalación de una red de telecomunicaciones en el metro de Madrid, a pasar

por una solución de compartición que no sea la acordada libremente por los operadores o la impuesta por esta Comisión, única Administración habilitada legalmente para imponer a los operadores condiciones de compartición, se produciría una patente infracción del ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo señalado acerca de la obligación de la Comunidad de Madrid de abrir el procedimiento de compartición, en relación con el expediente de ocupación del dominio público del Metro que dicha Administración tramita a solicitud de Metrocall, es destacar en este punto algo que ya se ha señalado con anterioridad: En el metro de Madrid se ha producido, de hecho, una ocupación, por virtud de la cual Metrocall ya ha instalado infraestructuras de telecomunicación. Como ya expuso la Resolución de esta Comisión de 20 de septiembre de 2001, Metrocall, S.A. tiene instaladas, dentro de la red de metro de Madrid, determinadas infraestructuras de red de telecomunicaciones que ocupan el citado dominio público con la autorización (al menos tácita) de la Comunidad de Madrid.

Estas infraestructuras, aunque ya se encuentren instaladas, no pueden quedar al margen de la compartición, si ésta resulta necesaria para dar acceso a otros operadores que quieran instalar su red de telecomunicaciones en el metro.

Según viene señalando esta Comisión, la compartición opera en diferentes supuestos; en concreto, los siguientes:

- Cuando un operador solicita ocupar dominio público y hay otros operadores interesados, el operador solicitante puede ser obligado a compartir el dominio público que solicita ocupar o las infraestructuras que va a instalar sobre dicho dominio. Para establecer, en este supuesto, la obligación de compartación, ha de seguirse el procedimiento previsto en el artículo 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público.

- Cuando, por motivos de interés público, un operador interesado en instalar su red no pueda ocupar un concreto tramo del dominio público o no pueda ocuparlo hasta que transcurra un período de tiempo predeterminado, puede, no obstante, instalar su red sirviéndose de las infraestructuras ya instaladas por otro operador en el dominio público. De acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público este último operador estará obligado a dar acceso al operador entrante.

- Aparte de los requisitos que conforme a los artículos 48 y 49 del Reglamento de obligaciones de servicio público han de concurrir para que se pueda *obligar* a la compartición a un operador con derecho de

ocupación, es posible que los operadores convengan entre sí, *voluntariamente*, realizar un uso compartido de las infraestructuras.

El Reglamento de obligaciones de servicio público, por medio de lo previsto en el artículo 48, contempla las diferentes posibilidades de compartición y no solo la compartición para el caso de nuevas infraestructuras.

Es posible, en consecuencia, tanto la compartición de las nuevas infraestructuras que se vayan a instalar como la compartición de las infraestructuras que ya estén instaladas. La normativa europea confiere particular trascendencia a la compartición de las infraestructuras ajenas que ya se encuentran instaladas (los conductos instalados en el subsuelo, o los postes en las instalaciones de radiocomunicación), en el caso de que el operador entrante carezca de alternativas de acceso. Especialmente significativo en este sentido es el considerando 23 de la Directiva 96/19/CE, de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, que dice:

> *"Los proveedores de redes públicas de telecomunicaciones necesitan acceder a vías que atraviesen propiedades públicas y privadas con objeto de colocar las instalaciones necesarias para llegar a los usuarios finales. (...) Si los Estados miembros no otorgaran posibilidades similares a los nuevos operadores que dispongan de licencia para permitirles instalar su red, se provocarían demoras y, en ciertas áreas, ello equivaldría a mantener derechos exclusivos en favor del organismo de telecomunicaciones.*
> *(...)*
> *En caso de que haya exigencias esenciales, sobre todo en materia de protección del medio ambiente y de objetivos de ordenación urbana y rural, que se opongan a la concesión de servidumbres de paso similares a las nuevas empresas que aún no dispongan de infraestructura propia,* ***los Estados miembros deberán al menos garantizar que estas últimas tengan acceso****, cuando resulte posible desde el punto de vista técnico y en condiciones razonables,* ***a los conductos o postes*** *mediante una servidumbre de paso del organismo de telecomunicaciones, cuando precisen estas instalaciones para el tendido de su red. De no existir estos requisitos, los organismos de telecomunicaciones se verían inducidos a limitar el acceso de sus competidores a estas instalaciones, que son imprescindibles, y, por lo tanto, a abusar de su posición dominante.* ***Por consiguiente, la no adopción de tales requisitos sería incompatible con el artículo 90 en relación con el artículo 86****.*

Además, de conformidad con el artículo 86 del Tratado, todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que dispongan de los recursos básicos respecto de los cuales los competidores no tengan alternativas económicas deberán facilitar un acceso libre y no discriminatorio a dichos recursos."

De acuerdo con esto, las infraestructuras que ya tiene instaladas Metrocall en el metro de Madrid están sujetas a compartición con los operadores interesados. Conforme al artículo 48 del Reglamento de obligaciones de servicio público, si las partes no llegaran a un acuerdo, la CMT podría resolver lo procedente, imponiendo condiciones de uso compartido, tras un período de consulta pública y audiencia a las partes afectadas cuando dicho uso público permita eliminar obstáculos para la competencia en el mercado. En particular, esta Comisión podrá fijar los *"criterios del reparto de costes, del reparto de las instalaciones o de la propiedad"*.

5.3. Medidas a adoptar

Aun cuando, conforme a lo expuesto, de la actuación de la Comunidad de Madrid (que sólo ha tramitado la solicitud de ocupación de Metrocall), de la actuación de Metro de Madrid (que parece haber justificado la existencia de una única infraestructura) y de la de Metrocall (que ha suscrito un acuerdo con Airtel que presupone la existencia de una única red que, además, será de su titularidad), se puede presumir que la Comunidad de Madrid sólo autorizará a Metrocall a ocupar el dominio público de la red de Metro de Madrid y que no abrirá procedimiento de compartición de infraestructuras, lo cierto es que, en tanto tal decisión no se materialice a través del correspondiente acto administrativo, la actuación de Metrocall (que instala su red en un dominio público que no aún tiene derecho a ocupar) puede perjudicar el derecho de los demás operadores interesados en instalar su propia red en el indicado dominio público.

En efecto, si la Comunidad de Madrid decidiera, por razones de seguridad del tráfico ferroviario u otros motivos de interés público, autorizar sólo una infraestructura de telecomunicaciones, pero decidiera asimismo (a la vista del informe evacuado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y de la presente resolución, de la que se le dará traslado), abrir el procedimiento de compartición de infraestructuras, los intereses de los operadores afectados podrían verse perjudicados por el diseño de la red ya implantada por Metrocall (bien unilateralmente, bien en ejecución del acuerdo suscrito con Airtel), lo que podría poner en serio riesgo la viabilidad misma de la compartición acordada y afectar a su situación competitiva.

En atención a todo lo anterior, se hace necesario que esta Comisión, en uso de su competencia para adoptar medidas destinadas a la salvaguarda de la competencia efectiva en el mercado de servicios y redes de telecomunicaciones adopte en la presente Resolución aquellas que sean necesarias para asegurar que todos los operadores implicados en el presente procedimiento puedan ejercer de forma efectiva su derecho a acceder al dominio público de la red de metro de Madrid necesarias para prestar el servicio de telefonía móvil disponible al público, en el caso de que dicho derecho pudiera serles reconocido por la Comunidad de Madrid, bien directamente, bien mediante la apertura de un procedimiento de compartición.

Por esta razón, se considera adecuado y proporcionado a la salvaguarda de la finalidad descrita prohibir a Metrocall que desarrolle cualquier tipo de actividad en la red de Metro de Madrid tendente al establecimiento de una red soporte del servicio de comunicaciones móviles que implique la ocupación del dominio público de la Comunidad de Madrid, en tanto la citada Administración no le reconozca explícitamente tal derecho de ocupación. De la misma manera, y en la medida en que el acuerdo entre Airtel y Metrocall presupone la exclusividad de Metrocall en la ocupación de tal dominio, la aplicación de ese acuerdo queda también supeditada (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá) al otorgamiento por la Comunidad de Madrid a Metrocall del derecho de ocupación.

SEXTO. Medidas a adoptar para salvaguardar la competencia en el mercado de referencia, en el caso de que la Comunidad de Madrid reconociera a Metrocall el derecho exclusivo a ocupar el dominio público de la red de Metro de Madrid, sin arbitrar fórmulas de compartición.

En el caso de que la Comunidad de Madrid otorgara en exclusiva a Metrocall el derecho a ocupar el dominio público de la red de Metro de Madrid, esta Comisión considera que se estaría infringiendo el ordenamiento jurídico, y estaría legitimada para impugnar tal acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en su caso, previo requerimiento administrativo, conforme a lo previsto en los artículos 19 y 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Además de esta eventual impugnación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede adoptar otras medidas que, en el ejercicio de sus propias competencias, tengan por objeto la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicacicones.

Como concluíamos en el análisis del Acuerdo realizado en los apartados 4.2 y 4.3 del fundamento de derecho cuarto, resulta acreditada la existencia de cláusulas o condiciones de acceso colusorias y abusivas, basadas en un trato de exclusividad y de otorgamiento de ventajas injustificadas a un operador y no a otros y que tienen por efecto impedir o limitar la competencia en el mercado de acceso a la infraestuctura soporte del servicio telefónico móvil en las instalaciones de la red de metro de Madrid. También se ha señalado que, de otorgarse ese derecho exclusivo a Metrocall, la red que pretendiera establecer tendría la consideración de instalación esencial, lo que justificaría la intervención de esta Comisión en la determinación de las condiciones de acceso de los operadores de telefonía móvil a esa red.

Por lo tanto, en el caso de que la Comunidad de Madrid omita el procedimiento legalmente establecido por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el preceptivo otorgamiento a Metrocall de la autorización para ocupar el citado dominio público, es necesario que, con carácter también previo a la ejecución del Acuerdo, esta Comisión adopte las medidas necesarias para asegurar el derecho de las entidades afectadas a acceder a las infraestructuras que Metrocall haya instalado o pretenda instalar dentro del dominio público de continua referencia.

Con esta finalidad, será necesario que, una vez obtenido el derecho a ocupar el dominio público, Metrocall comunique a esta Comisión y a los operadores móviles su proyecto concreto de red para posibilitar que éstos, dentro de un plazo razonable, puedan negociar con aquella el acceso a las instalaciones establecidas por Metrocall en las condiciones que resulten adecuadas teniendo en cuenta la doctrina de las instalaciones esenciales

De conformidad con lo expuesto, en esa negociación habrán de respetarse los siguientes principios esenciales:

- No puede reconocerse ningún trato de exclusividad

- Los operadores móviles interesados en el acceso tienen derecho a negociar el diseño de la red que se vaya a establecer.

- Los precios y las demás condiciones del acceso han de ser razonables, objetivas y no discriminatorias.

Si los operadores interesados en acceder a la red de Metrocall no llegaran a un acuerdo con este operador, cualquiera de ellos podría solicitar la intervención de esta Comisión, que resolvería el conflicto con arreglo a lo previsto en su ley reguladora y en la Ley General de Telecomunicaciones, aplicando los principios y criterios expuestos en la presente resolución.

Por lo demás, sólo en este contexto (negociación de las condiciones de acceso a la red de Metrocall) tiene virtualidad el acuerdo suscrito entre Metrocall y Airtel. Si ambos operadores desean suscribir el citado acuerdo, deberán introducir en el mismo las siguientes modificaciones:

1. Identificación de los negocios jurídicos incluidos en el Acuerdo

De conformidad con lo que se manifiesta en el fundamento de derecho tercero de esta Resolución es necesario que el Acuerdo contenga un apartado en el que se delimite inequívocamente cual es el objeto del mismo y cuáles son los negocios jurídicos acordados entre las partes firmantes que se regulan en el mismo. Esta inclusión es necesaria para dotarlo de la suficiente transparencia y que **se asegure que el Acuerdo no pueda esconder prácticas contrarias a la libre competencia así como otras que puedan dar lugar a la aparición de condiciones de desigualdad en el acceso a la red de continua referencia** por parte de otros operadores del servicio de telefonía móvil diferentes a Airtel. Asimismo, es necesaria al objeto de asegurar que el acuerdo no pueda disimular posibles incumplimiento por parte de Metrocall de sus obligaciones como titular de la Licencia C1.

No deja de causar extrañeza la oposición mostrada por Metrocall y Airtel en sus escritos de alegaciones a la modificación que se propone cuando, precisamente de sus propias alegaciones se pone de manifiesto la necesidad de acudir a una interpretación exhaustiva del contrato para poder determinar cuál es el objeto del mismo. Si el contrato es un mero *"Convenio de Colaboración*" como lo califican Metrocall y Airtel no debería haber ninguna objeción por parte de sus suscriptores para identificarlo así de forma inequívoca y, en aplicación de los preceptos contenido en los artículo 1.281 y ss. del Código Civil, el resto de las estipulaciones del contrato serían interpretadas dentro del citado ámbito de simple convenio de colaboración.

La propia METROCALL manifiesta en su escrito de alegaciones que "*desde tales perspectivas, es por lo que atendiendo a la voluntad perseguida por las partes, y dado el contenido diverso de las prestaciones a las que mutuamente se obligan en el Acuerdo, cabe hablar más de contrato de colaboración que de puro arrendamiento de servicios".* Esto es, es necesario acudir a la voluntad perseguida por las partes, voluntad que, de no quedar plasmada inequívocamente en la letra del contrato, solamente será conocida por las partes que lo han suscrito y no por el resto de los interesados.

En todo caso, en sus escritos de alegaciones Metrocall y Airtel califican el Acuerdo como un Convenio Marco de Colaboración, por virtud del cual AIRTEL se configura como el Prime Contractor o Gestor junto con METROCALL de la red titular de esta última entidad, comprometiéndose a colaborar con ésta en el diseño y explotación de la red, además de regularse

las condiciones de acceso a la red titularidad de Metrocall por Airtel en su condición de operador de telefonía móvil y cliente de Metrocall. Por lo tanto, el acuerdo deberá ser interpretado desde la óptica del citado objeto y, por lo tanto, debe ser eliminada toda previsión que exceda de lo que significa un Convenio Marco de Colaboración.

Cabe significar que ni siquiera las propias entidades suscribientes del Acuerdo se ponen de acuerdo al delimitar el objeto del mismo.

En efecto, si bien las dos lo definen como un Convenio Marco de Colaboración, ambas partes, en sus respectivos escritos de alegaciones le otorgan diferente alcance. Así, Airtel indica que el mismo lo integran: i) un acuerdo para la utilización de la red titularidad de Metrocall, en el que se incluye no sólo la utilización de la red por la propia Airtel sino también por el resto de los operadores del servicio de telefonía móvil; ii) un acuerdo de mantenimiento de la citada red realizado por Metrocall a cambio de una contraprestación (no se entiende bien porqué Airtel y el resto de los operadores del servicio deben pagar a Metrocall por el mantenimiento de la red de ésta) y iii) un acuerdo de colaboración tecnológica. Por el contrario Metrocall define el Convenio Marco de Colaboración como aquel por virtud del cual Airtel se configura como el Prime Contractor o Gestor junto con Metrocall de la red titularidad de la misma comprometiéndose a colaborar con éste en el diseño y explotación de la misma, además de regularse las condiciones de acceso a la red titularidad de Metrocall por Airtel en su condición de operador de telefonía móvil y cliente de Metrocall.

Finalmente debemos tener en cuenta que tampoco de la lectura de las alegaciones de Airtel y Metrocall queda claro que su intención haya sido la de dar al Acuerdo un significado de mero Convenio Marco de Colaboración ya que hay alegaciones en las que se defienden facultades de Airtel que van mucho más allá de una simple colaboración.

2. Expositivo segundo.

En este expositivo se afirma que Metrocall tiene por objeto social la implantación, gestión y explotación de la telefonía móvil en la red e instalaciones del Metro de Madrid, actividades que puede realizar también de modo indirecto y que para su desarrollo y ejercicio tiene otorgada una licencia individual tipo C1 que le habilita para el establecimiento y explotación de una red pública de telecomunicaciones. Como ya dejó claro en nuestra Resolución de 20 de septiembre de 2001, la mencionada licencia C1 de la que es titular no habilita a Metrocall para la gestión y explotación del servicio de telefonía móvil sino para el establecimiento de una red pública fija de telecomunicaciones apta para dar cobertura al servicio telefónico móvil disponible al público. La redacción actual puede interpretarse de forma equívoca y entenderse que

Metrocall pretende prestar el servicio telefónico para lo cual no está habilitada. Por lo tanto, deberá modificarse este expositivo para que quede suficientemente claro que Metrocall actúa en el Acuerdo en su calidad de operador de red y no como operador del servicio telefónico móvil disponible al público, ya que este servicio no puede ser prestado por Metrocall ni directa ni indirectamente. Esta modificación ha sido aceptada por los suscribientes en sus respectivos escritos de alegaciones.

3. Expositivo tercero.

La redacción de este expositivo puede prestarse al equívoco consistente en que se entienda la imposibilidad de que los operadores móviles, distintos de Airtel, sólo puedan negociar el acceso a toda la red de Metrocall, que se extenderá a "*la totalidad, actual y futura, de la red del Metro de Madrid".* Esta previsión sólo alcanzará a Airtel, que voluntariamente la ha aceptado, pero no a otros operadores que, dentro de los términos de sus respectivas licencias y cumpliendo las obligaciones en ellas impuestas, tienen libertad para elegir dónde –si en toda la red de metro o sólo en parte de la misma- quieren prestar sus servicios.

4. Expositivo séptimo.

Este expositivo, que define el concepto de "Prime Contractor", debe ser congruente con el objeto del Acuerdo y con las facultades que posteriormente, las estipulaciones del mismo, atribuyen a Airtel dada su condición de "Prime Contractor". Por otra parte, debe redactarse de forma tal, que no pueda, en relación con el clausulado del contrato, amparar las prácticas contrarias a la libre competencia identificadas en el fundamento anterior. Además, la redacción no debería contener previsiones que puedan impedir a Metrocall ofrecer el servicio a todos sus potenciales clientes conforme a los principios de objetividad y no discriminación, principios a cuyo efectivo cumplimiento está obligada de conformidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones y, en definitiva, en cumplimiento de la licencia C1 de la que es titular.

Procede, por lo tanto, que se modifique este expositivo al objeto de aclarar que la función de Airtel en lo que a la determinación y/o diseño de los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid <u>se limita a la simple colaboración sin que quepa la posibilidad de que sea la propia Airtel la que determine y/o diseñe la red a no ser que se trate de la parte de red que Metrocall va a poner a disposición de Airtel y que no afecte al acceso por el resto de los operadores del servicio de telefonía móvil competidores de la propia Airtel.</u>

Por lo que respecta al acceso a la red por terceros, ha quedado expuesta más arriba la incidencia que en los derechos de acceso de otros operadores móviles presenta esta figura instrumentada en el Acuerdo.

Así, si los operadores competidores de Airtel desean acceder, instalando sus propios equipos e infraestructura, a la red para la cual Metrocall ha obtenido licencia de instalación y explotación, se encontrarán:

- Que Airtel cuenta con un derecho de veto de su acceso, directo o indirecto.

- Que deben pasar por el diseño de red que haga este operador en el interior del Metro de Madrid.

- Que han de negociar con Airtel las condiciones para el pago de una parte del canon fijado de común acuerdo entre ese operador y Metrocall.

Todo ello sin una previsión concreta en el sentido de poder negociar las condiciones de acceso separadamente y fuera de este Acuerdo .

Téngase en cuenta que los operadores de móviles podrían estar interesados no tanto en la instalación de una red soporte de las comunicaciones móviles en el interior de los túneles y andenes del Metro –objeto esencial de la red de Metrocall- como en contar con una acceso adecuado a esta red soporte, instalando para ello BTS y demás elementos y equipos adicionales. Para ello no resulta precisa la intervención como gestor indirecto de Airtel, que se ve dispensado, dicho sea de paso, para instalar sus propias BTS, de la intervención de un intermediario.

Las consecuencias para el desarrollo de la libre competencia en el mercado de comunicaciones móviles de la intervención de Airtel, en la medida en que condiciona de manera injustificada el acceso de sus competidores, pueden ser muy graves y, de conformidad con los fundamentos de derecho antes expuestos, determinan el que esta Comisión no las considere aceptables. Por tal razón deberá suprimirse del Expositivo séptimo la atribución a Airtel Móvil del derecho a gestionar y determinar la utilización por terceros de la infraestructura construida.

Se considera necesario modificar el expositivo séptimo del contrato que deberá ser redactado en los siguientes términos:

> *"Que a los efectos de la ejecución del presente contrato, las partes definen como "Prime Contractor" a aquella persona jurídica que colabora en régimen de no exclusividad con METROCALL y con*

METRO para determinar y/o diseñar, los parámetros y la infraestructura tecnológica para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones propiedad de Metrocall en el Metro de Madrid respetando en todo caso, los términos de la Licencia C1 de METROCALL y todas aquellas directrices regulatorias dispuestas por la Administración de las Telecomunicaciones".

5. Estipulación primera.

En esta estipulación se establece que *"En todo caso, el otorgamiento de la condición de "Prime Contractor" incluye, además de las funciones definidas en el expositivo séptimo, el derecho a la instalación de las estaciones base y demás equipos relacionados con este contrato que AIRTEL MOVIL estime necesario en el interior de la red de ferrocarriles. METROCALL declara expresamente que está plenamente facultada para este otorgamiento".*

Sin embargo, dado que ese derecho a instalar estaciones base y otros equipos depende de los términos en que se reconozca, en su caso, a METROCALL y a los demás operadores interesados el derecho de ocupación, con respeto en todo caso a las previsiones establecidas en la legislación sectorial de telecomunicaciones, ha de suprimirse del acuerdo la parte transcrita de esta estipulación primera.

6. Estipulación segunda.

Respecto a la calificación jurídica de este Acuerdo, cabe señalar que una vez examinadas las alegaciones de Airtel y Metrocall en las que califican el Acuerdo como un Convenio Marco de Colaboración, lo primero que queda patente al analizar esta estipulación es que la facultad de gestionar el acceso a la utilización por terceros de la red pública de telecomunicaciones de Metrocall que se concede a Airtel excede ampliamente de lo que se puede entender por una mera colaboración. Así, en esta estipulación se manifiesta inequívocamente que es Airtel la que gestionará la utilización por terceros de la red pública de Metrocall. Por otra parte, esta estipulación, aunque aparentemente parece estar destinada a regular las relaciones entre Metrocall y Airtel en lo relativo a la comercialización frente a terceros de la red, sin embargo también afecta directamente al acuerdo de acceso entre ambas operadoras <u>otorgando derechos de exclusividad a favor de Airtel que son restrictivos de la competencia y contrarios a las obligaciones de Metrocall que, en cuanto a su condición de titular de una red pública de telecomunicaciones y de entidad controladora de una instalación esencial y por lo tanto de operador dominante el mercado de referencia al que nos venimos refiriendo, tiene la obligación de explotar la red en condiciones de transparencia, igualdad y no discriminación</u>.

En efecto, mediante esta estipulación Metrocall se compromete y obliga a no dar acceso directo o indirecto a la red a ningún otro operador sin la autorización de Airtel. Esto hace imprescindible la intervención de Airtel y su conformidad sobre las condiciones de acceso que un tercer operador pretenda alcanzar directamente con Metrocall para acceder a la red de la que esta entidad es titular. Téngase en cuenta además que Airtel es competidor directo del resto de los operadores de telefonía móvil disponible al público que pudieran estar interesados en acceder a la red de Metrocall, por lo que sería contrario a un mercado en condiciones de competencia imponer la presencia de un competidor en las negociaciones que los otros operadores del servicio quisieran mantener con el operador de la única red existente. Es decir, mediante esta cláusula de exclusividad, Airtel se convierte en la entidad que finalmente decide sobre el mercado de acceso a la infraestructura soporte y sobre el mercado del servicio telefónico móvil disponible al público que pudiera prestarse en la red de Metro de Madrid, y, por ello, esta situación puede ser considerada una restricción de la competencia al otorgar una ventaja competitiva a este operador y un incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio impuestas a Metrocall en la resolución de otorgamiento de su licencia C1.

Por todo lo anterior, debe ser eliminado el compromiso de Metrocall por el cual *"se compromete y obliga a no dar acceso directo o indirecto a la red a ningún otro tercero sin la autorización de AIRTEL MOVIL"*. Deben eliminarse los párrafos primero y segundo de esta estipulación.

Metrocall se compromete igualmente a que en ningún caso las condiciones de acceso a la red para Airtel sean peores que las de cualquier otro operador. Este compromiso por parte de Metrocall ha de entenderse inadecuado desde el momento que las condiciones de acceso de cada operador pueden resultar diferentes en función de sus propias preferencias o intereses. Metrocall podrá comprometerse a proporcionar a Airtel las mismas condiciones que ofrezca o proporcione a cualquier otro operador interesado a acceder a su red, pero en ningún caso, podrá limitar su oferta a los servicios o condiciones que proporcione a Airtel. Esto es, si se mantiene que *"en ningún caso, las condiciones de acceso a la red para AIRTEL MÓVIL sean peores que las de cualquier otro operador",* podría darse la circunstancia de no poder atender a solicitudes de otro operador más beneficiosas que las que esté disfrutando Airtel simplemente porque esta entidad no esté interesada en variar sus condiciones de esta forma se estaría limitando el derecho de acceso a la red del resto de los operadores. De aceptarse esto último, podría llegarse al caso de que fuera Airtel quien determinara en todos los casos, partiendo de sus propias necesidades o preferencias de acceso, el modo en que accedan otros operadores interesados a la red de Metrocall.

Esta Comisión acepta la propuesta de modificación del último párrafo de esta estipulación que quedaría con el siguiente texto:

> *"Con independencia de que se hicieran valer o no por cualquiera de las partes las causas de resolución señaladas en la cláusula decimocuarta, METROCALL se compromete expresamente y obliga a ofrecer a AIRTEL en todo momento las mismas condiciones que ofrezca a otros operadores interesados para que aquél no se vea en situación de desventaja."*

Finalmente, el párrafo tercero de esta estipulación debe ser considerado anticompetitivo con respecto a la propia Metrocall porque incluye un pacto de no competencia entre la propia Airtel y Metrocall al prohibir a ésta última la posibilidad de, aun cuando pueda obtener el correspondiente título habilitante, prestar el servicio telefónico mientras permanezca en vigor cualquier acuerdo con Airtel. En un mercado liberalizado como es el de la prestación del servicio de telefonía móvil disponible al público un pacto que prohiba la entrada de un hipotético competidor debe ser reputado como anticompetitivo. Por lo tanto debe ser eliminado el párrafo tercero de esta estipulación.

7. Estipulación tercera.

En esta estipulación se establecen las reglas para la determinación del canon anual que Airtel se obliga a abonar a Metrocall en pago del otorgamiento de su condición de "Prime Contractor". Además pretende determinar la cuantía del canon de deberán abonar a Metrocall el resto de los operadores que quieran suscribir un acuerdo para la utilización de la red.

En primer lugar y sin perjuicio de que esta Comisión, en principio, no tiene nada que objetar en cuanto a la cuantía del canon que libremente han pactado Airtel y Metrocall como contraprestación a abonar por la primera a la segunda, ya que no es ese el objeto del presente procedimiento, ha de mencionarse que este canon supone una tasa de retorno interno de la inversión de Metrocall que, según los cálculos que ha podido realizar esta Comisión, se mueve en un rango de entre el 18 y el 29 %, por lo que podríamos estar ante un precio excesivamente elevado si se intentara imponer como base del cálculo del precio al resto de los operadores. En efecto, esta tasa de retorno puede ser asumida por Airtel en base a la ventaja que supone para ella el obtener a cambio el reconocimiento de la condición de Prime Contractor. El precio fijado para el resto de los operadores a partir de dicha tasa de retorno podría constituir un abuso de posición de dominio por parte de Metrocall y un reforzamiento de la posición relevante que ostenta Airtel en el mercado de la telefonía móvil. Lo que sí ha de quedar claro desde un principio es que las reglas de fijación del canon establecidas en este Acuerdo no pueden, en ningún caso, condicionar las contraprestaciones económicas que deban abonar

el resto de los operadores interesados en un hipotético acceso de éstos a la red.

Esto es, el resto de los operadores podrán, si así lo desean, acordar a través de Airtel el acceso a la red de Metrocall en las condiciones económicas que se establecen en esta estipulación. No obstante, si no es este el caso, tales operadores tendrán derecho a acceder a la red en las condiciones económicas que ellos mismos acuerden, bien directamente con Metrocall o por medio de Airtel pero, en todo caso, las condiciones deberán ser razonables como establece el artículo 7 del RSU, decidiendo en caso de desacuerdo esta Comisión a solicitud de cualquiera de los interesados.

En otro orden de cosas, la obligación de resarcir a Airtel en la parte del canon que a los operadores les hubiera correspondido de haber suscrito el acuerdo desde el inicio de la realización de la inversión, es una cláusula que regula la relación entre Airtel y un tercer operador que no es parte en el Acuerdo. Los operadores interesados en acceder a la red de Metrocall habrán de convenir, sea con Metrocall directamente, sea -si ellos así lo desean- a través de Airtel, las condiciones económicas particulares para el acceso, sin que resulte razonable ni de acuerdo con las reglas de la libre competencia como hemos visto, que vean limitada su capacidad de negociación en virtud de un acuerdo previo entre dos operadores en el que no han sido parte, ni que se vean gravados por los intereses particulares que mueven a Airtel en la negociación de un Acuerdo que, en cuanto lo han suscrito, se entiende le es beneficioso.

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que Airtel ha llegado a un acuerdo sobre el acceso a la red por tiempo indefinido que no tiene porqué ser el caso de otros operadores interesados. Recordemos cómo en la Resolución de 20 de septiembre de 2001 de continua referencia se reconocía el derecho de otros operadores a establecer su propia red alternativa a la de Metrocall e incluso a compartir infraestructuras con ésta.

Consecuentemente con lo anterior, esta estipulación deberá ser modificada de forma tal que quede indubitadamente asegurado el derecho del resto de los operadores a suscribir un acuerdo de acceso a la red en condiciones distintas a la establecidas bilateralmente entre Airtel y Metrocall en esta estipulación. También debe tenerse en cuenta en la modificación que la gestión de la red no corresponde a Airtel sino que, como manifiestan tanto Airtel como Metrocall en sus escritos de alegaciones, ésta interviene únicamente colaborando con Metrocall en dicha gestión. No pueden ser atendidas las alegaciones de Metrocall y de Airtel por cuanto que las mismas parten de la premisa de que quedan fijadas y aceptadas tanto la cuantía de las inversiones como el montante total del canon que han de pagar todos los operadores y que queda en manos de Airtel la facultad de negociar con el resto

de los operadores el montante del canon que correspondería abonar a cada uno y, por ende, decidir si éstos pueden o no acceder a la red.

Se propone la siguiente redacción alternativa a la estipulación tercera:

Párrafo primero.

"Tercera.- Una vez realizada la inversión en el despliegue de 22.838.459 euros (3.800.000.000 ptas.) correspondiente a la primera fase. AIRTEL MOVIL por el otorgamiento de la condición de "Prime Contractor" abonará a METROCALL un canon total anual de (cantidad) euros distribuido en pagos mensuales de (cantidad) euros cada mes. La inversión mencionada deberá ser justificada documentalmente por METROCALL, si así lo solicitara AIRTEL MÓVIL.."

Párrafo segundo.

Este párrafo debe ser eliminado.

Párrafo sexto.

"Mientras el despliegue de la red no alcance la totalidad de la inversión correspondiente a la primera fase, la cantidad mensual a pagar por AIRTEL MÓVIL a METROCALL será la doceava parte del canon anual,..."

Párrafos séptimo, octavo y noveno.

Estos párrafos debe ser eliminados porque regulan cuestiones que afectan a otros operadores que no son parte en el Acuerdo.

8. Estipulación cuarta.

Esta estipulación establece que Airtel diseñará, en colaboración con Metrocall y con Metro, los parámetros y la infraestructura tecnológica para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles en el Metro de Madrid.

Si bien es cierto que Metrocall puede suscribir un acuerdo tecnológico con quien desee para diseñar la red soporte del servicio telefónico móvil disponible al público en la red de metro de Madrid, este acuerdo tecnológico deberá tener en cuenta los derechos del resto de los operadores del citado servicio de forma tal que la red reúna los requisitos técnicos que hagan viable el acceso de estos operadores a la red en condiciones de no discriminación con respecto al acceso que Airtel pueda realizar a la red.

9. Estipulación quinta.

Atendiendo a los mismos motivos expresados en las observaciones a la estipulación tercera, esta estipulación también deberá ser modificada de forma tal que quede indubitadamente asegurado el derecho del resto de los operadores a suscribir un acuerdo de acceso a las infraestructuras en condiciones distintas a la establecidas bilateralmente entre Airtel y Metrocall. El hecho de que Airtel reconozca la posibilidad de abonar a Metrocall un precio por el mantenimiento de la red no debe condicionar el derecho del resto de los operadores a negociar la necesidad de la existencia de tal precio o la cuantía del mismo.

Se propone la siguiente redacción:

"*Quinta.- Por otra parte, AIRTEL MÓVIL abonará también a METROCALL, con carácter mensual, a precio de coste debidamente justificado y siempre que los mismos correspondan a precios habituales de mercado, el importe del mantenimiento de la red puesta a disposición de AIRTEL, obligándose METROCALL a realizar dicho mantenimiento cumpliendo, como mínimo, los criterios operativos asociados al mismo así como los niveles de calidad exigidos por AIRTEL MÓVIL en el Acuerdo Tecnológico.*

10. Estipulación séptima.

Como venimos manteniendo, el resto de los operadores están en su derecho de optar a negociar su acceso directamente con Metrocall o por medio de Airtel. Con la redacción actual de esta estipulación puede entenderse que, en todo caso, la negociación ha de realizarse por medio de Airtel; por lo tanto, procede que se suprima esta estipulación.

11. Estipulación novena.

Debe eliminarse el último párrafo de esta estipulación por cuanto que, como venimos razonando, este contrato no puede regular ni directa ni indirectamente el precio que deban abonar el resto de los operadores por el acceso a la red de Metrocall.

12. Estipulación décima

Atendiendo a los mismos motivos expresados en las observaciones a la estipulación cuarta, esta estipulación, también deberá ser modificada de forma tal que queden indubitadamente asegurados los derechos e intereses del resto de los operadores del servicio telefónico móvil disponible al público, en el diseño y mantenimiento de la red en cuestión.

Ni las alegaciones de Metrocall ni las manifestadas por Airtel pueden ser aceptadas por esta Comisión por cuanto que la intención de esta modificación es únicamente la de asegurar que el asesoramiento técnico y económico de Airtel tenga en cuenta no sólo los intereses de la propia Airtel sino también la del resto de los operadores del servicio telefónico que son, a su vez, competidores directos de ésta.

Se propone la siguiente redacción:

> "*Décima.- Para la realización del proyecto de inversión de esta segunda fase de la red de telecomunicaciones soporte del servicio de telecomunicaciones móviles, AIRTEL MÓVIL se compromete y obliga a presta a METROCALL el asesoramiento técnico y económico que se precise para tratar de optimizar su tecnología y su coste, y, también, su capacidad de negociación para adquirir todos los elementos necesarios para su implantación. Este asesoramiento deberá tener en cuenta los derechos del resto de los operadores del servicio de telefonía móvil disponible al público. A este fin se constituirá un equipo de desarrollo tecnológico que, previa conformidad de los servicios técnicos de METRO, aprobará el proyecto y cuidará de su desarrollo y ejecución, ejecución que, a precios de mercado, también llevará a cabo TECNOCOM/EUROINSTA. Además, el resultado del asesoramiento técnico y económico de AIRTEL no debe impedir la posibilidad de colaboración similar por parte del resto de los operadores del servicio telefónico y, en todo caso, debe asegurar la configuración de una red abierta, razonable y con infraestructuras standard que puedan ser utilizadas por todos los posibles operadores del servicio telefónico móvil disponible al público en condiciones similares.*"

13. Estipulación undécima

Por los mismos motivos expresados en los comentarios a la estipulación séptima, esta estipulación deberá ser suprimida.

14. Estipulación decimoquinta

El primer párrafo de esta estipulación parte de una premisa inaceptable para esta Comisión, tal como se ha indicado reiteradamente en el cuerpo de esta resolución, cual es la obligación de terceros operadores móviles de suscribir un acuerdo de acceso a la red instalada en los términos que ya han sido acordados por Airtel y METROCALL y además con la obligación de negociar ese acceso a través del primero de los operadores referidos.

Por consiguiente este párrafo deberá ser modificado y, por coherencia con las observaciones a la estipulación tercera, también deberá modificarse las referencias que se hacen al canon que ha de pagar AIRTEL en caso de que ningún operador suscribiera un acuerdo de acceso.

En el último párrafo de esta estipulación se establece un derecho de tanteo a favor de Airtel para utilizar la capacidad excedente de la red de Metrocall que es contraria a la obligación de Metrocall de explotar su red pública de conformidad con los principios de objetividad y no discriminación, por lo que debe ser suprimido.

Esta previsión, por una parte, supone una discriminación entre los distintos operadores de comunicaciones móviles favorable a Airtel, dado que Metrocall está comprometiéndose a suministrar a esta entidad el acceso a sus infraestructuras en condiciones distintas a las que ofrece al resto de los operadores.

Asimismo, por otra parte, virtud de esta estipulación, Airtel podría impedir el acceso a la red excedente por parte de cualquier operador pagando el importe que éste hubiera acordado con Metrocall, lo cual supone una restricción de la competencia no sólo en el mercado de acceso a dicha infraestructura soporte sino también en el mercado del servicio telefónico móvil disponible al público que pudiera prestarse en el metro de Madrid. Este pacto puede ser considerado un pacto colusorio proscrito por la normativa de defensa de la competencia que prohibe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Como bien dice TME en su escrito de alegaciones, el derecho de tanteo, que el Acuerdo reconoce a Airtel sobre la capacidad excedentaria, supone de facto una limitación a la producción y prestación de nuevos servicios por parte del resto de operadores móviles, al poder ejercer el derecho de tanteo frente a las solicitudes de ampliación de capacidad de los operadores, aún cuando Airtel no necesitara dicha capacidad en beneficio propio, sino movida por un comportamiento anticompetitivo de limitar la prestación y el crecimiento de los servicios producidos por sus competidores.

SÉPTIMO.- Sobre la solicitud de TME para que se promueva bajo la tutela de esta Comisión la suscripción de un convenio marco entre todos los agentes interesados.

TME solicita en su escrito de alegaciones de 14 de marzo de 2002, que esta Comisión promueva y tutele la suscripción de un convenio marco entre todos los agentes interesados que haga posible la utilización compartida de infraestructuras soporte del servicio de telefonía móvil en el metro de Madrid. Dicho convenio marco recogería todos los principios básicos (propuestos por TME en la alegación cuarta de su escrito de 11/3/02) sobre los que se establecería una relación no discriminatoria y basada en principios objetivos entre Metrocall y todos los operadores de servicios móviles; principios que serían objeto de desarrollo posterior en los acuerdos bilaterales que, en su caso, cada uno de los operadores móviles suscribiría con Metrocall.

Por otra parte, Airtel manifiesta en su escrito de alegaciones que la modificación o propuesta de modificación por esta Comisión de las condiciones del acuerdo, con excepción de las propuestas y/o aceptadas por las partes, supondría una ruptura del equilibrio que le ha llevado a suscribir el Acuerdo que podría restar interés comercial al mencionado Acuerdo y eventualmente podría motivar la rescisión del contrato en base a la estipulación decimocuarta sin tener Airtel ninguna obligación adicional. No obstante y en base a la decisión de esta Comisión Airtel se reserva el derecho de rescindir el contrato con Metrocall solicitando un arbitraje vinculante para todo el sector a esa Comisión.

En relación con esta solicitud, cabe indicar que dentro de las funciones que tiene legalmente atribuidas esta Comisión se encuentra la de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones cuando todos los interesados se sometan voluntariamente al procedimiento arbitral previsto en el artículo apartado 2.a) del artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Por otra parte, el artículo 25 de la LGTel otorga a esta Comisión la competencia para la resolución de conflictos en materia de interconexión y el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones. Por lo tanto, cualquiera de los interesados podrá acudir a esta Comisión para plantear un conflicto de acceso si el operador de red no le proporciona acceso a la misma y se han agotado las posibilidades de llegar a acuerdo privado entre las partes.

No obstante todo lo anterior, si los operadores interesados acuerdan iniciar las negociaciones para la suscripción de un convenio marco para dar solución a la problemática planteada con respecto al servicio soporte del servicio de telefonía móvil en el ámbito territorial de la red del metro de Madrid esta Comisión no tendría inconveniente alguno en tutelar la suscripción del mismo.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Declarar que el Acuerdo suscrito el día 25 de febrero de 2002 entre las entidades Metrocall, S.A. y Airtel Móvil, S.A., contiene previsiones que son contrarias a la libre competencia o pueden amparar prácticas contrarias a la libre competencia en el mercado de referencia constituido por la prestación del servicio soporte del servicio de telefonía móvil disponible al público en el ámbito territorial de la red de metro de Madrid y en el mercado de la telefonía móvil disponible al público. Declarar, asimismo, que el Acuerdo contiene previsiones que impiden o pueden impedir el cumplimiento de las obligaciones a las que Metrocall, S.A. está obligada en su condición de titular de la licencia de tipo C1 que le fue otorgada por esta Comisión mediante Resolución de 22 de marzo de 2001.

Segundo.- La ejecutividad del Acuerdo quedará suspendida hasta que Metrocall acredite ante esta Comisión que ha obtenido de la Comunidad Autónoma de Madrid, de forma expresa, la preceptiva autorización para la ocupación del dominio público de la red de metro de Madrid necesaria para la implantación de la red pública de telecomunicaciones amparada por la licencia C1 de la que es titular. En tanto no se produzca esa autorización, Metrocall habrá de abstenerse igualmente de desarrollar actividad alguna de establecimiento de su red de telecomunicaciones que implique la ocupación del citado dominio público.

Tercero.- En el caso de que la Comunidad de Madrid otorgue el derecho de ocupación a Metrocall sin tener en cuenta las previsiones de la normativa sectorial de telecomunicaciones reguladora de la ocupación del dominio público y privado por los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, sin perjuicio de la posibilidad de su impugnación por esta Comisión, en defensa de la adecuada aplicación de la legislación sectorial de telecomunicaciones y de la integridad de sus competencias, la aplicación del acuerdo (salvo lo relativo a la colaboración en el diseño de la red a instalar) quedará sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Metrocall deberá comunicar a esta Comisión y a los operadores interesados en el presente procedimiento, además de la autorización otorgada por la Comunidad de Madrid, su proyecto concreto de red.

b) Los operadores interesados dispondrán de un plazo de quince días hábiles contados desde que reciban la comunicación de Metrocall sobre su proyecto concreto de red para comunicar a Metrocall su intención de iniciar

negociaciones para alcanzar acuerdos en cualquiera de las siguientes posibilidades:

- Compartir las infraestructuras ya instaladas por Metrocall, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento del Servicio Universal.

- Llegar a un acuerdo de acceso a la red de Metrocall, que podrá abarcar las infraestructuras ya instaladas y las por instalar..

c) En caso de que algún operador haya manifestado dentro del citado plazo su intención de iniciar negociaciones para llegar a un acuerdo de los mencionados, las partes dispondrán de un plazo de veinte días hábiles para llegar a un acuerdo. En caso de que transcurrido dicho plazo no haya podido alcanzarse un acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a esta Comisión en los diez días hábiles siguientes para que ésta establezca las condiciones de compartición o de acceso.

d) En caso de que se llegue a un acuerdo, el mismo se pondrá en conocimiento de esta Comisión en el plazo de diez días desde su formalización.

El Acuerdo entre Airtel y Metrocall podrá ser efectivo, con las modificaciones indicadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, cuando ninguno de los operadores interesados comuniquen a Metrocall su voluntad de negociar (conforme al apartado b anterior), o no acudan a esta Comisión a falta de acuerdo en el plazo fijado en el apartado c) anterior, o se dicte resolución por esta Comisión (en el caso de que se solicite su intervención).

El Acuerdo modificado deberá presentarse ante esta Comisión con una antelación mínima de treinta días a fecha de su ejecución; mientras tanto su eficacia quedará en suspenso.

Asimismo, Metrocall, S.A. y Airtel, S.A. deberán presentar a esta Comisión, en el caso de que se formalice, una copia del “Acuerdo Tecnológico” al que se refiere la estipulación cuarta del Acuerdo objeto del presente procedimiento, así como cualquier otro pacto o acuerdo, de cualquier naturaleza u objeto, que hayan celebrado.

Cuarto. Dar traslado de esta resolución al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a la Comunidad Autónoma de Madrid.

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 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

EL SECRETARIO

Vº.Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana