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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 12 de diciembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE AIRTEL MÓVIL, S.A. Y ABBLA MOBILE, S.A. (Exp. RO 2002/7056)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- OBJETO DE LA SOLICITUD. INDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES IMPLICADAS

1.1. Objeto de la solicitud. Inicio del Expediente.

1.1.1. *Objeto de la solicitud de ABBLA MOBILE, S.A*.

Con fecha 24 de junio de 2002, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la entidad ABBLA MOBILE, S.A., en el que esta plantea un conflicto de acceso con AIRTEL MOVIL, S.A. derivado de las restricciones impuestas por esta última entidad para el acceso a su red y a los demás servicios pactados en el correspondiente contrato entre ABBLA MOBILE, S.A. y AIRTEL MOVIL, S.A. En su escrito, ABBLA MOBILE, S.A. solicita a esta

Comisión **la adopción de una Resolución por la cual se ordene a AIRTEL MOVIL, S.A. el restablecimiento del citado acceso, con el fin de poder seguir desarrollando su actividad empresarial**.

1.1.2. *Inicio del Expediente.*

En virtud de la habilitación competencial que ampara a esta Comisión, con fecha 24 de junio se inició el Expediente de referencia. Con arreglo al artículo 42.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos de fecha 27 de junio de 2002, se comunicó a las partes la apertura del procedimiento y del plazo máximo de seis meses contados a partir del citado día 24 de junio para la resolución del presente conflicto y su notificación.

1.1.3. *Requerimiento de información a AIRTEL MOVIL, S.A.*

Con fecha de registro de salida de esta Comisión de 27 de junio de 2002, los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones remitieron a AIRTEL MÓVIL, S.A. un requerimiento de información en el marco del presente Expediente en el que se solicitaba a la citada entidad que respondiera a la pregunta:

> "*¿Cuáles fueron los motivos que justificaron la adopción de medidas por parte de AIRTEL MÓVIL, S.A. tendentes a restringir el acceso de ABBLA MOBILE, S.A. a su red y a los servicios que se había comprometido a prestar en virtud del contrato de 11 de abril de 2000?"*

Con fecha 19 de julio del presente año tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, un escrito presentado por AIRTEL MOVIL, S.A. por el que contesta al citado requerimiento y al escrito presentado por ABBLA MOBILE, S.A. de 24 de junio antes mencionado. Además de responder a la pregunta formulada por los Servicios de esta Comisión y cuyo contenido se desarrollará en los apartados posteriores de la presente Resolución, AIRTEL MÓVIL, S.A. solicitaba a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que desestimara la solicitud de ABBLA MOBILE, S.A., alegando que (i) no ha existido medida alguna por parte de AIRTEL MOVIL, S.A. tendente a restringir el acceso de dicha entidad a su red y a los servicios pactados por ambas partes, (ii) AIRTEL MOVIL, S.A. ha garantizado en todo momento la correcta prestación de los servicios contemplados en el contrato al que se hará referencia más adelante y (iii) las acciones llevadas a cabo por AIRTEL MOVIL, S.A. con respecto a ABBLA MOBILE, S.A. han tenido por objeto evitar que la

práctica de la reventa de servicios de telefonía móvil perjudicara a un número mayor de usuarios.

1.1.4. *Subsanación de la solicitud de ABBLA MOBILE, S.A.*.

Con fecha de registro de salida de 2 de julio de 2002, los Servicios de esta Comisión remitieron a ABBLA MOBILE, S.A., al amparo de lo previsto en el artículo 71 LRJPAC, una petición de subsanación de su solicitud, con objeto de que dicha entidad acreditara y aclarara los extremos contenidos en su solicitud inicial de 24 de junio.

En particular, se requirió a ABBLA MOBILE, S.A. para que remitiera (i) los diversos escritos relacionados con las negociaciones que hubiera podido llevar a cabo con AIRTEL MOVIL, S.A. con anterioridad al planteamiento del conflicto ante esta Comisión, (ii) el documento en el que constara el contenido de la "*renegociación*" al que se hace referencia en el Acuerdo de Servicio GSM Airtel entre AIRTEL MÓVIL, S.A. y ABBLA MOBILE, S.A. aportado junto con la solicitud inicial y (iii) la descripción de las actuaciones llevadas a cabo desde octubre de 2000, fecha en la cual, según la solicitud de ABBLA MOBILE, AIRTEL MÓVIL S.A, comenzó a dificultar y restringir el acceso, hasta el 21 de junio de 2002, fecha la que ABBLA MOBILE, S.A. solicita la intervención de esta Comisión.

Con fecha 12 de julio de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, un escrito de ABBLA MOBILE, S.A. contestando a la subsanación arriba mencionada y cuyo contenido se expondrá en los apartados posteriores de la presente Resolución.

1.1.5. *Alegaciones de ABBLA MOBILE, S.A.*.

Con fecha 11 de septiembre del presente año, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones presentado por ABBLA MOBIBLE, S.A. y cuyo contenido se expondrá en los apartados posteriores de la presente Resolución, con el que se adjuntan las alegaciones realizadas por la citada entidad en el Expediente tramitado en esta Comisión RO 2002/6816.

1.1.6. *Nueva subsanación de la solicitud de ABBLA MOBILE, S.A..*

Con fecha 17 de septiembre del presente año, los Servicios de esta Comisión remitieron a ABBLA MOBILE una nueva petición de subsanación de su solicitud, requiriendo a dicha entidad (i) la copia simple de la escritura de constitución de ABBLA MOBILE, S.A., (ii) la

copia de algunos de los contratos de ABBLA MOBILE, S.A. firmados con sus clientes durante los meses de abril a septiembre de 2000, (iii) los documentos que acrediten la entrega de terminales telefónicos por AIRTEL MOVIL, S.A., (iv) los documentos que acrediten el pago e importe de los avales a los que hace referencia en su escrito de solicitud, (v) los documentos que acrediten la entrega de CDRs[1] , (vi) los documentos que acrediten el número de trabajadores de ABBLA MOBILE, S.A. durante los meses de abril a septiembre de 2000, (vii) los documentos que acrediten la realización de un procedimiento de portabilidad de un número telefónico de los conferidos a ABBLA MOBILE, S.A. por AIRTEL MÓVIL, S.A. a otro operador de telefonía móvil y (viii) el documento en el que conste el contenido de la reunión de 9 de mayo de 2002 mencionada en el escrito de contestación a la subsanación de 12 de julio ya mencionado.

Con fecha 26 de septiembre de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión la respuesta de ABBLA MOBILE, S.A. a la petición de subsanación arriba citada y cuyo contenido se expondrá en los apartados posteriores de la presente Resolución.

1.2. Las entidades implicadas

ABBLA MOBILE, S.A. (en adelante, ABBLA) es una entidad mercantil constituida con fecha 27 de julio de 1999, ante el Notario de Madrid, Don Fernando de la Cámara García, con número de su protocolo 2528, bajo la denominación TELEFONÍA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A., denominación que posteriormente fue modificada, pasando a denominarse TIMÓN, S.A. y finalmente ABBLA MOBILE, S.A. Dicha entidad figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid Tomo 14435, folio 109, sección 8, hoja M238636. Tal y como consta en la escritura de constitución aportada por la citada entidad, El objeto social de la misma es, entre otros, la prestación de "*servicios de intermediación en telefonía*".

La entidad ABBLA es titular de dos Autorizaciones Provisionales para la prestación del servicio de "reventa del servicio telefónico" y del servicio de "reventa del servicio telefónico móvil[2]", otorgadas por Resoluciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 18 de julio de 2000 y de 22 de enero de 2001, respectivamente.

[1] *Call Data Records (Registro de detalle de llamada):* este registro contiene todos los datos necesarios para facturar al cliente las llamadas realizadas.
[2] El Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del año 2001 reconoce a ABBLA MOBILE, S.A. como el único revendedor de servicios de telefonía móvil en España. (Capítulo 3, apartado III.7.7, pg.283),

La entidad solicitante se ha dedicado desde el inicio de sus actividades a la prestación de servicios de telefonía, tanto fija como móvil.

AIRTEL MÓVIL, S.A. (en adelante, AIRTEL) es la entidad que, en virtud de la Orden de 29 de diciembre de 1994, resultó adjudicataria de la concesión para la prestación del servicio público de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática GSM otorgada mediante concurso público convocado por la Orden de 26 de septiembre de 1994 del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente por la que se aprueba el pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad GSM.

SEGUNDO.- INICIO DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE ABBLA Y AIRTEL

2.1. El Acuerdo de 11 de abril de 2000. Descripción de su contenido

Según consta en la documentación aportada por la entidad solicitante, las relaciones contractuales entre ABBLA y AIRTEL, se iniciaron con la firma de un Acuerdo de servicio GSM AIRTEL con fecha 11 de abril de 2000 (en adelante, el Acuerdo).

El contenido de dicho Acuerdo se divide en tres partes:

1. Descripción del sistema de facturación electrónica "*FACTURANET*".
2. Acuerdos Especiales
3. Oferta Económica
   - Sistema "*Red empresas sin horarios".*
   - Sistema "*Red empresas extra".*

Asimismo, al citado Acuerdo se adjunta un extracto-resumen de "*Condiciones Generales de uso del servicio GSM prestado por AIRTEL MÓVIL"* (en adelante, las Condiciones Generales)

La **primera parte del Acuerdo** ("*Descripción del sistema de facturación electrónica FACTURANET"*) describe uno de los sistemas de facturación ofrecidos por AIRTEL que permite al cliente gestionar y analizar la facturación telefónica a través de Internet, permitiendo asimismo la descarga del contenido de las facturas, en formato electrónico, desde la página web habilitada para esta finalidad (en el momento de iniciarse las relaciones contractuales, la dirección de acceso al citado sistema de facturación era http://www.airtel.es/empresas/facturanet). La descripción del citado

servicio contempla aspectos tales como las instrucciones para darse de alta o acceder al mismo y las características técnicas relativas al software necesario para gestionar la información descargada de la página web antes citada.

Según ha manifestado AIRTEL, el servicio *FACTURANET* proporcionado a ABBLA y sustituido posteriormente por el servicio *Facturaweb* se facilita a cualquier cliente de la red de AIRTEL *"una vez dado de alta en el mismo y tras identificarse con una clave en la web de AIRTEL".*

La **segunda parte del Acuerdo** ("*Acuerdos Especiales")* establece unas condiciones particulares aplicables a la relación entre ABBLA y AIRTEL y que se refieren a los siguientes aspectos:

- *Mantenimiento de los terminales*

Esta condición recoge las obligaciones de las partes en lo que se refiere al suministro de terminales y la reposición de los terminales averiados y responsabilidad de su reparación. Asimismo, se establece que dicho suministro tendrá carácter de cesión, siendo dichos terminales propiedad de AIRTEL.

- *Renove de los terminales*

Esta cláusula recoge las condiciones de renovación de los terminales suministrados una vez transcurrido un período de DOCE (12) MESES desde el suministro de los terminales.

- *Activación de otros planes de precios*

El Acuerdo recoge en esta condición la posibilidad del cliente de activar otros planes de precios diferentes a los del Acuerdo y las condiciones para hacerla efectiva.

- *Límites de crédito*

El Acuerdo establece en esta cláusula una amplia gama de límites de crédito (hasta dieciocho límites) que podrá aplicar ABBLA a cualquiera de sus usuarios, de forma que éstos no puedan superar el límite establecido por ABBLA sin su consentimiento y sin comunicárselo previamente a AIRTEL. En concreto, esta condición establece lo siguiente:

> *"En todas las líneas y en cualquier plan de precios o cualquier cuenta Airtel, se podrá activar mensualmente, un "Límite de crédito" distinto. Esto es, el usuario*

> *no podrá superar el límite establecido por TIMÓN, S.A. sin su consentimiento y comunicación al departamento de atención a Grandes Cuentas de AIRTEL MÓVIL, S.A."*

- *Renegociación*

De esta cláusula se deduce el carácter provisional del Acuerdo puesto que se refiere a la renegociación de los contenidos del Acuerdo, pasados dos meses desde su firma. En particular, dicha cláusula establece:

> *"**Pasados dos meses** desde la firma del presente acuerdo, TIMÓN, S.A. y AIRTEL MOVIL, S.A. se reunirán de nuevo, para **renegociar** las actuales **condiciones de colaboración**, en base a la trayectoria y/o tráfico de llamadas".*

- *Cambios de titularidad*

Esta condición hace referencia a un servicio al que, según ha manifestado AIRTEL y la propia solicitante, pueden acceder todos los clientes de AIRTEL. Dicha cláusula está redactada en los siguientes términos.

> "*Los cambios de titularidad de otros clientes AIRTEL, a TIMÓN, S.A., no se consideran nuevas altas de servicio. Por lo tanto, no conlleva terminal a coste 0 Ptas.*
>
> *Si bien, se establece un máximo, de cambios de titular con derecho a coste 0 Ptas. de un 5% del parque total. Todos los cambios de titular que superen este 5% tendrán un descuento del 50% del PVP del terminal que se elija.*
>
> *Las activaciones de líneas provenientes de tarjetas prepago, sí se consideran nuevas altas, en todas su condiciones"*

Según ha manifestado AIRTEL en su escrito de 19 de julio, la cláusula referente a los cambios de titularidad es frecuente en las relaciones contractuales de ésta con empresas y "*permite que los móviles AIRTEL que, con anterioridad a la firma del contrato con la empresa, estuvieran activos con titularidad de ésta o de sus empleados, puedan ser transferidos a la cuenta de la empresa sin necesidad de dar de baja el móvil con las consecuentes incomodidades para el usuario".*

La **tercera parte del Acuerdo** ("*Oferta Económica*") incluye las distintas modalidades de precios de los servicios prestados por AIRTEL.

Por último, las **Condiciones Generales** recogen un total de VEINTIUNA (21) cláusulas que regulan diversos aspectos referentes a la relación

contractual de AIRTEL con sus clientes. Entre ellas, cabe destacar la Cláusula Cuarta reproducida a continuación

> *"AIRTEL MÓVIL podrá condicionar por motivos justificados la prestación del Servicio GSM al Cliente al cumplimiento por parte de éste simultáneamente a la firma del presente Contrato , o una vez iniciado éste, de una fianza en metálico con un límite máximo de 1.000.000 Ptas., restricciones en el servicio y/o asignación de un límite de crédito, lo que no se considerará modificación contractual en ningún caso".*

En relación con esta cláusula, ABBLA ha acreditado en su escrito de 26 de septiembre la constitución de cuatro avales por un total de VEINTISIETE MILLONES (27.000.000) PESETAS para garantizar el pago del uso que haga del Servicio GSM prestado por AIRTEL. Es evidente que dicha cantidad es muy superior al límite establecido.

2.2. Prestación de los servicios contratados

Después de la firma del Acuerdo, tal y como reconoce la solicitante, AIRTEL "*facilitó el acceso a ABBLA, inmediatamente después de la firma del contrato, en las condiciones acordadas en el mismo".* De esta forma, AIRTEL comenzó a suministrar terminales y tarjetas SIM y a prestar el servicio de telefonía móvil GSM a través de los mismos, en las condiciones y términos pactados con ABBLA y recogidos en el citado Acuerdo. A su vez, tal y como ha podido acreditar, ABBLA inició su actividad como revendedor de servicios de telefonía móvil suscribiendo con sus clientes los correspondientes contratos, algunos de los cuales han sido aportados por dicha entidad.

En este sentido, tal y como consta en la documentación aportada por la solicitante, en los meses de mayo, junio y agosto de 2000, AIRTEL emitió entre otras, varias facturas por el importe correspondiente a DOSCIENTOS DIEZ (210) TERMINALES, QUINIENTOS (500) TERMINALES y CUATROCIENTOS CINCUENTA (450) TERMINALES, respectivamente que, según la interpretación del objeto del Acuerdo puesta de manifiesto por AIRTEL y que posteriormente se analizará, estaban destinados a la "*prestación del servicio final de telefonía móvil por AIRTEL a ABBLA*" entidad esta última que, en aquel momento, tal y como ha podido demostrar, contaba únicamente con VEINTICINCO (25) EMPLEADOS. En consecuencia, de la documentación aportada por la solicitante, se advierte la desproporción existente entre el número de terminales suministrado por AIRTEL en los tres primeros meses de su relación con ABBLA (un total de 1160 terminales) y el número de empleados al que supuestamente iban destinados (25).

A partir de la firma del Acuerdo, la estrategia comercial de ABBLA se basó en la provisión a sus clientes de terminales telefónicos y del servicio telefónico móvil que a su vez adquiría de AIRTEL. De esta forma, a partir de mayo de 2000, ABBLA comienza a firmar los mencionados contratos con sus clientes, tal y como consta en la documentación aportada, siendo el objeto de los mismos *"el servicio de intermediación entre el Cliente y el/los operadores de telefonía móvil".*

2.3. Comienzo de las discrepancias entre las partes

Según el escrito de solicitud de ABBLA, a partir de octubre de 2000, por tanto, cuatro meses después de la firma del Acuerdo, AIRTEL inicia una serie de actuaciones para dificultar y después restringir el derecho de acceso de ABBLA. En particular, dichas actuaciones se concretaron en:

(i) La negativa de los cambios de titularidad que se habían previsto en la Cláusula *Cambios de Titularidad* a la que antes se ha hecho referencia;

(ii) El cese de suministro de terminales y de tarjetas SIM;

(iii) La imposibilidad de portar los números solicitados;

(iv) La aplicación incorrecta de los descuentos y los planes de precios;

(v) La descoordinación entre el servicio de atención de empresas de AIRTEL y el de ABBLA;

(vi) La inaplicación de los límites de crédito;

(vii) La obligación de prestar avales desproporcionados por cada línea dada de alta por un importe superior al previsto en las Condiciones Generales del Acuerdo; y

(viii) La interrupción temporal sin previo aviso del servicio telefónico a los clientes de ABBLA.

Por su parte, AIRTEL manifiesta en su escrito de 19 de julio que la actuación de ABBLA consistente en revender a sus clientes los terminales y las tarjetas SIM así como el servicio telefónico móvil que era refacturado por dicha entidad a los citados clientes, desvirtuaba el objeto del Acuerdo y suponía un incumplimiento del contenido del mismo ya que "*el objeto del único contrato suscrito entre mi representada y ABBLA*

es la prestación del servicio final de telefonía móvil por AIRTEL a ABBLA". De esta forma, tal y como ha reconocido AIRTEL, desde que ésta tuvo conocimiento del desarrollo de la actividad de ABBLA "*procedió a congelar el suministro de tarjetas SIMs y terminales de ABBLA, con la finalidad exclusiva y legítima de evitar que la situación afectara a un mayor número de usuarios que, desconocedores de la irregularidad en que se estaba incurriendo, pudieran verse perjudicados por la misma".*

Por último, AIRTEL justifica que su actuación ha tenido como objeto "*evitar que la práctica de una actividad como la reventa del servicio telefónico móvil que se encuentra expresamente prohibida en el contrato firmado entre ambas entidades, afectara a un mayor número de usuarios".*

2.4. Situación actual

Según ha manifestado AIRTEL, ésta no ha restringido el acceso a ABBLA ni a los servicios que se había comprometido a prestar según el Acuerdo. Asimismo, dicha entidad declara haber garantizado en todo momento la correcta prestación de los servicios contemplados en dicho Acuerdo y que son los que se prestan en *"una relación habitual entre operador de telecomunicaciones y usuario del servicio de telefonía móvil disponible al público"* formalizada en un acuerdo para el servicio GSM AIRTEL.

De conformidad con la documentación aportada por ABBLA, en la actualidad AIRTEL presta sus servicios de telefonía móvil con "*una calidad mermada"* puesto que (i) no respeta los límites de crédito solicitados por el usuario final y cliente de ABBLA, de forma que éste recibe facturas por importe superior al límite de crédito solicitado y (ii) las líneas de los clientes de ABBLA han sido cortadas durante veinticuatro horas, "*sin causa y sin previo aviso"*. Como consecuencia de esta situación, ABBLA ha visto reducida su actividad por las numerosas bajas de clientes y la dificultad para adquirir una posición ventajosa en su mercado de actuación ante la imposibilidad de ofrecer un servicio de calidad.

TERCERO.- TRÁMITE DE AUDIENCIA

De acuerdo con las previsiones del artículo 84 de la LJRPAC mediante sendos escritos de esta Comisión con salida registrada el día 10 de octubre de 2002, se comunicó a las partes la apertura del trámite de audiencia en el procedimiento de referencia, adjuntando el

correspondiente Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión con el objeto de recibir aquellas alegaciones y documentación que las partes estimasen convenientes a la vista del Expediente.

CUARTO.- CONTESTACIÓN AL TRÁMITE DE AUDIENCIA

4.1. Contestación al trámite de audiencia de ABBLA

Con fecha 25 de octubre de 2002, ABBLA presenta alegaciones al trámite de audiencia, alegando que.

- El conflicto entre ABBLA y AIRTEL puede ser calificado como un conflicto de acceso.

- ABBLA es un revendedor de servicios de telefonía móvil con vocación de permanencia en el mercado español de telefonía móvil y con presencia en el mercado europeo a través de su acuerdo con el operador sueco TELIA y de las previsiones de concluir acuerdos con operadores móviles de Noruega, Dinamarca y Finlandia para revender el servicio telefónico móvil.

- La conducta de AIRTEL denunciada por ABBLA muestra su voluntad de expulsar a ABBLA del mercado.

- En relación con al situación en la que actualmente se encuentra ABBLA, dicha empresa considera que "*la situación actual no sólo se queda en aquellos aspectos que recoge la página 10 del Informe de estos Servicios, va más allá puesto que la reducción de actividad a la que ABBLA MOBILE, S.A. se ha visto obligada y la imposibilidad, que no dificultad para mantener y mejorar su posición en su mercado de actuación, le han provocado unas consecuencias económicas adversas de tal índole que sólo merced a la intervención de esta Comisión podrá ver quizá sólo en parte restaurada; no sólo perjuicio directos sino también la pérdida (quizás irreparable) de oportunidades en un mercado de continua evolución*".

- La intención de ABBLA y de AIRTEL al iniciar sus relaciones contractuales era la de formalizar un acuerdo de reventa del servicio telefónico móvil. En este sentido, ABBLA manifiesta que la voluntad contractual "*consistía (habida cuenta de que la relación contractual constituye un acuerdo entre empresas motivado por las sinergias que para ambas representaba) en que ABBLA MOBILE, S.A. se beneficiara de lo que podría denominarse "condición de empresa más favorecida", lo que implica en la práctica, por traslación a la*

política de precios que éstos se mantuvieran siempre como los mejores, en el sentido de más favorables (además de los descuentos por volumen y otras especificaciones) lo que redunda en un crecimiento del negocio para las dos partes del acuerdo".

- ABBLA considera que es necesario incorporar a la resolución definitiva del presente Expediente "*el contenido de algunas de las comunicaciones de las partes que sean más relevantes para concluir sobre la verdadera naturaleza de la relación contractual",* recogiendo a continuación algunas de ellas.

- Como conclusión, ABBLA manifiesta que "*no deben renegociarse acuerdos ya firmes. La renegociación debe limitarse a los aspectos que por la evolución del mercado desde Abril de 2000 hayan devenido inaplicables por falta de adaptación al propio mercado".* Asimismo, expone que "*los precios aplicables a los servicios prestados deberán ser los contenidos en el Acuerdo, estos es, los precios que en cada momento AIRTEL MOVIL, S.A. tenga en vigor para lo que denomina "Red Empresas"...o su equivalente, sobre los cuales se aplicarán los descuentos que para ABBLA MOBILE, S.A. están previstos en el Acuerdo de 11 de abril de 2000".*

4.2. <u>Contestación al trámite de audiencia de AIRTEL</u>

Con fecha 5 de noviembre de 2002, AIRTEL presenta alegaciones al trámite de audiencia alegando que:

- <u>Esta Comisión no tiene competencia</u> para resolver el conflicto planteado por ABBLA por (i) extralimitarse en su función de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, (ii) el Acuerdo es calificado como un acuerdo de reventa y no como un acuerdo de acceso y, por tanto, no son aplicables los preceptos referentes a la habilitación competencial de la Comisión para resolver conflictos en materia de acceso a redes y (iii) la competencia interpretativa de esta Comisión de los contratos concesionales no puede trasladarse a "*contratos pertenecientes a ámbitos no regulados"*

- Considera que *"el <u>objeto único</u> y exclusivo del acuerdo celebrado entre ABBLA y Vodafone, como queda establecido a lo largo de las presentes alegaciones y en el propio contrato, es el de la <u>prestación del servicio final de telefonía móvil</u>".*

En este sentido, AIRTEL considera que en el presente expediente *"no se ha justificado ni la existencia de un acuerdo de acceso ni de un conflicto de acceso"* y, por tanto, el Acuerdo es *"un acuerdo de comercialización de servicios y no un acuerdo de acceso a redes, por lo que a un eventual acuerdo sobre el servicio de reventa no le sería de aplicación la normativa del acceso a redes".* AIRTEL basa esta afirmación en que el servicio de reventa no requiere un acceso físico a red alguna y, por tanto, no puede calificarse como acceso.

- *"El análisis de la naturaleza y alcance del contrato mercantil celebrado entre Vodafone y ABBLA y el conocimiento de los problemas que genere su ejecución e interpretación han de corresponder exclusivamente a la jurisdicción civil"*

- La legislación vigente en el momento de la firma del Acuerdo amparaba la firma de un acuerdo de reventa. AIRTEL basa esta afirmación en el artículo 5 del Real Decreto 1486/1994 por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática.

- El Informe de Audiencia trata de forma confusa el concepto de "acceso a red" ya que *"llega a equiparar el contrato de reventa (que es una modalidad de acuerdo de comercialización de servicios) con el acceso a la red".* Asimismo, considera que *"ABBLA no ha solicitado el acceso a ningún elemento de red sino, simplemente y según el mismo Informe, la comercialización como revendedor, de los servicios de telefonía móvil prestados por mi representada".*

- La interpretación del principio de no discriminación contenida en el Informe de Audiencia equipara la posición de los usuarios finales a la de otros agentes en el mercado.

- En el momento de la firma del Acuerdo, AIRTEL no conocía la actividad de ABBLA, afirmando que tampoco tenía obligación de conocerla.

- El Acuerdo prohíbe expresamente la reventa del servicio telefónico móvil lo que contradice la supuesta voluntad de las partes de celebrar un contrato de reventa. Dicha afirmación es justificada por AIRTEL manifestando que *"si la voluntad de las partes hubiera sido celebrar un contrato de reventa, es inexplicable que 1) el contrato prohíba expresamente la reventa y la cesión de la posición contractual; 2) el contrato no prevea ni qué cantidad de minutos está adquiriendo ABBLA ni a qué precio; 3) Vodafone haya emprendido*

todas las acciones que estaban a su alcance para evitar la actuación extracontractual de ABBLA, siempre con la mayor cautela para evitar disrupciones del servicio a los clientes.

- ABBLA no ha aportado ninguna prueba que permita a esta Comisión afirmar que *"las condiciones generales no fueron entregadas y que, además la falta de entrega denota la voluntad de Vodafone de excluir su aplicación cuando en el propio extracto se hace referencia a estas Condiciones Generales".* En cualquier caso y en relación con la prohibición de revender el servicio contratado, AIRTEL manifiesta que la Cláusula 10 del Extracto de Condiciones Generales entregada a ABBLA establece que *"el cliente estará obligado al pago de las cantidades devengadas por el uso de los servicios prestados por AIRTEL MOVIL, a hacer uso debido del servicio, a no ceder su posición en este contrato (...)"*

- La única relación contractual existente entre Vodafone y ABBLA es un contrato de usuario final celebrado el 11 de abril de 2000 para la prestación por AIRTEL del servicio de telefonía móvil a un usuario final corporativo. Concluye AIRTEL en que "*el contrato celebrado no tiene el contenido propio de los acuerdos de reventa*", siendo el contrato celebrado con ABBLA "*el mismo que habitualmente emplea con los usuarios finales corporativos*" y "*no recoge condiciones o cláusulas particulares diferentes de las ofrecidas por mi representada a la generalidad de los clientes corporativos*"

- Debido al interés de ABBLA en convertirse en revendedor de AIRTEL, y con la finalidad de dotar de amparo contractual a la actividad de reventa que aquélla llevaba a cabo en virtud de un contrato de cliente final, ambas partes entablaron negociaciones que han resultado infructuosas

A los anteriores hechos, les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

1.1. Cuestiones previas. Concepto de acceso. La calificación de las divergencias entre AIRTEL y ABBLA como un conflicto de acceso.

En el escrito de alegaciones al trámite de audiencia presentado por AIRTEL ante esta Comisión con fecha 5 de noviembre de 2002 ya mencionado y cuyos principales puntos se han recogido en el Antecedente de Hecho 4.2. anterior, manifiesta que esta Comisión no tiene competencia para resolver el presente conflicto de acceso. Como argumento de dicha postura, AIRTEL se basa en la errónea calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso y no como un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil a un cliente final[3].

Es preciso puntualizar que **el término *"acceso"*** contenido en el artículo 25 Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, modificada por el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, y por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (en adelante LGTel), no se limita al acceso físico a la red o conexión física entre redes sino que incluye también el acceso a los diferentes servicios prestados por los operadores de telecomunicaciones, sin que para ello sea necesario que el solicitante del acceso utilice elementos de conexión a la red. Así se desprende de la redacción del artículo 6 del Reglamento de interconexión y acceso a redes aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión) que en su apartado 1, distingue entre el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público:

> ***"Artículo 6.*** *Las condiciones de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público deberán fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación".*

Asimismo, el concepto de acceso, entendido éste como acceso a redes y servicios, se desprende de la redacción del artículo 7.1.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

[3] Sorprende la argumentación sostenida por Airtel en tanto que el servicio telefónico móvil de acceso directo que presta constituye inequívocamente una conexión inalámbrica (acceso), por la que se presta el servicio de comunicación vocal.

obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio (en adelante, RSU) que establece:

> *"**Artículo 7. Obligaciones de servicio público de carácter general**.*
> 1. *En la prestación de los servicios que lleven aparejados obligaciones de servicio público, sin perjuicio de lo establecido en el Título I para cada modalidad de obligación, los operadores deberán cumplir las siguientes obligaciones:*
> a) *Garantizar el acceso a los servicios de todos los usuarios que lo soliciten del grupo o territorio al que afecte el título habilitante correspondiente.(...)*
> c) *Otorgar igual trato y permitir idénticas condiciones de acceso y uso a los servicios para los usuarios".*

Las afirmaciones contenidas en el presente apartado referentes a la inclusión en el concepto de acceso del acceso a servicios, se ven reforzadas en la Exposición de Motivos del Reglamento de Interconexión que en su párrafo sexto dispone:

> *"Las condiciones de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público son consideradas como elementos básicos de un mercado en competencia..."*

Por último, el nuevo marco regulatorio europeo[4] en el sector de las telecomunicaciones recoge la interpretación del concepto de acceso contenida en el presente apartado al definirlo expresamente el artículo 2.a.A de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso e Interconexión) como la "*puesta a disposición de otra empresa..... de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas"* .

[4] El nuevo marco regulatorio europeo para el sector de las telecomunicaciones está formado por diversas Directivas sectoriales de Telecomunicaciones o Directivas del "Paquete Telecom" que son: Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco); Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorizaciones); Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso e Interconexión); Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Servicio Universal) y Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Todas ellas, fueron publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L-108 de 24 de abril de 2002, a excepción de la electrónicas Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas que fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) número L-201 de 31 de julio de 2002

En consecuencia, el concepto de acceso se refiere al acceso a redes y al acceso a servicios de telecomunicaciones prestados por los operadores de telecomunicaciones, de forma que las diferencias surgidas entre las partes que hayan suscrito un acuerdo de acceso a servicios de telecomunicaciones que, en la práctica, se materializa en un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, son susceptibles de generar un conflicto de acceso de cuya resolución es competente esta Comisión.

Aplicado al caso concreto, las diferencias surgidas entre AIRTEL y ABBLA en relación con la interpretación y ejecución del Acuerdo deben calificarse como un conflicto de acceso puesto que dichas divergencias derivan de un acuerdo que debe ser calificado como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil disponible al público con independencia del uso del servicio adquirido. Por tanto, carecen de validez las afirmaciones realizadas por AIRTEL que consideran que el Acuerdo es un *"contrato puramente mercantil"* y las referentes a la habilitación competencial de esta Comisión en la resolución de conflictos de acceso:

> "*los Servicios también identifican la habilitación competencial de la CMT para resolver el "conflicto" planteado por ABBLA sobre la base de las funciones que tiene atribuidas en materia de "acceso a redes". Sin embargo el Informe* (de Audiencia) *no califica el acuerdo como "acuerdo de acceso" sino como "acuerdo de reventa" (...) Consecuentemente, la mención que se hace a la competencia que en materia de acceso, tiene atribuida la CMT, es inadecuada".*

En consecuencia, reiteramos que la calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil disponible al público es independiente de la finalidad a la que se vaya a destinar el servicio contratado, siendo competente esta Comisión para resolver los conflictos que surjan en torno a su interpretación y ejecución, tal y como se expondrá a continuación, y estando obligado el operador de telecomunicaciones que proporciona el acceso a sus servicios a respetar los principios generales que rigen el suministro de accesos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Cuarto posterior.

1.2. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la resolución de conflictos de acceso. Interpretación de los acuerdos de acceso

De conformidad con el artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (en adelante Ley 12/97), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *"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 precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector".

Según lo determinado en el **artículo 25** de la LGTel, de los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta deberá dictar resolución vinculante sobre el extremo objeto del conflicto, en el plazo máximo de seis meses, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

Tal y como hemos mencionado en el apartado anterior, el Acuerdo debe calificarse como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil disponible al público, de forma que esta Comisión es competente, por aplicación de los artículos arriba citados, para la resolución de las diferencias relativas a su interpretación y ejecución. En consecuencia, la afirmación de AIRTEL que estima que **"***el análisis de la naturaleza y alcance del contrato mercantil celebrado entre Vodafone y ABBLA y el conocimiento de los problemas que genere su ejecución e interpretación han de corresponder exclusivamente a la jurisdicción civil",* no puede tomarse en consideración puesto que, con independencia de la finalidad a la que se vaya a destinar el servicio telefónico móvil disponible al público contratado, existe un acceso[5] a dicho servicio en las condiciones recogidas en el Acuerdo, correspondiendo a esta Comisión, su interpretación y la resolución de las diferencias surgidas entre las partes.

SEGUNDO.- PRINCIPIOS APLICABLES A LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO

2.1. Cuestiones previas

Tal y como se puede apreciar en los Antecedentes de Hecho, la causa última del conflicto suscitado entre ABBLA y AIRTEL está en la diferente interpretación que del objeto del Acuerdo han hecho cada una de las partes:

[5] Tal y como ya se ha mencionado, el concepto de acceso comprende el acceso físico a una red y a los servicios de telecomunicaciones prestados a través de esta red.

- ABBLA considera que el Acuerdo es un contrato de suministro del servicio de telefonía móvil para su posterior reventa a usuarios finales;

- AIRTEL lo califica como un contrato cuyo único objeto "*es la prestación del servicio final de telefonía móvil*".

Es precisamente esta diferencia en la interpretación del objeto del Acuerdo, la que llevó a AIRTEL a adoptar las medidas denunciadas por ABBLA ante esta Comisión ya que, en su opinión, ABBLA desvirtuaba el objeto del contrato que aquélla consideraba de mera prestación del servicio de telefonía móvil.

Debido a la evidente falta de acuerdo de las entidades implicadas en el presente conflicto, será preciso, por un lado, averiguar la intención concreta de AIRTEL y ABBLA a la hora de suscribir el Acuerdo y, por otro, atribuir sentido a sus declaraciones y actuaciones, para finalmente calificar el Acuerdo partiendo de la base de que, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, "*los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes".*[6]

En consecuencia, la línea de actuación seguida por esta Comisión para la resolución del presente conflicto tomará como punto de partida los datos aportados por ABBLA y AIRTEL recogidos en sus afirmaciones, escritos y comportamientos relevantes, con la finalidad de establecer, al amparo de su habilitación competencial para la interpretación de los acuerdos de acceso, el sentido contractual derivado de esos datos e inferir la voluntad de dichas entidades en el momento de celebrar el Acuerdo, precisando finalmente la calificación del Acuerdo y, en función de dicha calificación, determinar las consecuencias derivadas de la misma y las reglas aplicables a la resolución de la controversia.

Para llevar a cabo esta labor, se tendrán en cuenta los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil referidos a las normas de interpretación de los contratos que tienen por objeto proporcionar los criterios y las reglas que han de regir la misma, siendo los principios rectores de dichas normas, (i) la búsqueda de la voluntad real que presidió la formación y celebración del Acuerdo, (ii) el principio de conservación del Acuerdo, de forma que si alguna cláusula admitiera varios sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efectos y (iii) el

[6] Véanse, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de enero, 8 de febrero, 7 de marzo y 13 17 de abril del año 1989 (RJ 1989\156, RJ 1989\762, RJ 1989\2021, RJ 1989\3049 y RJ 1989\3062),

principio de buena fe, puesto que se presupone en las partes lealtad y confianza.

2.2. Interpretación lógica y literal del Acuerdo. Necesidad de su interpretación histórica

2.2.1 Interpretación lógica y literal

El artículo 1.281 del Código Civil da especial relevancia al texto del contrato, si bien prevalece la interpretación lógica que busca la voluntad real de los contratantes en caso de que ésta sea contraria a la literalidad. Dicho artículo dispone,

> "*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".*

Por tanto, según el artículo reproducido prevalece la voluntad de las partes sobre la literalidad del contrato, cuando ésta pareciera contraria a aquélla. Si no se da la contraposición entre voluntad y literalidad, debe atenderse a ésta, ya que se presume que la voluntad de las partes ha sido expresada correctamente.

En el caso presente, la forma de ejecución del Acuerdo tras su firma en los términos descritos en el Antecedente de Hecho 2.2. anterior, demuestra la falta de coincidencia del texto del Acuerdo con la voluntad de las partes manifestada a través de sus actos; en consecuencia, de conformidad con lo anterior, prevalecerá la voluntad de las partes en conflicto sobre el texto del Acuerdo. Ahora bien, para conocer la voluntad de las partes, el artículo 1.282 del Código Civil considera que

> "*deberá atenderse principalmente a los actos de éstos (*contratantes), *coetáneos y posteriores al contrato".*

2.2.2. Interpretación histórica

Aunque el artículo 1.282 arriba reproducido, no lo establece, se deberán tener en cuenta también los actos anteriores[7], es decir, la forma en que se elaboró el contrato y el significado real del mismo para las partes contratantes, en función de las circunstancias económicas, históricas y sociales de ese preciso momento histórico. Veamos ahora cuáles fueron las circunstancias históricas que rodearon a la firma y ejecución del

[7] Véanse, entre otras, Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5548) y de 18 de febrero y 30 de diciembre de 1981(RJ 1981\532 y RJ 1981\5356).

Acuerdo y los actos posteriores a las actuaciones realizadas por AIRTEL y denunciadas ante esta Comisión por ABBLA.

❒ *El servicio telefónico móvil disponible al público en el año 2000*

En el año 2000, el servicio telefónico móvil disponible al público era prestado por tres operadores de telecomunicaciones, entre ellos AIRTEL, adjudicatarios de los correspondientes concursos públicos para la prestación del servicio de telefonía móvil en su modalidad GSM.

En esta situación, los nuevos operadores en el mercado de comunicaciones móviles que no eran adjudicatarios de los citados concursos pero deseaban prestar sus servicios a los usuarios, se encontraban con tres barreras de entrada: (i) la escasez de espectro radioeléctrico como recurso imprescindible para prestar el servicio, (ii) los recursos financieros necesarios para iniciar la actividad y (iii) el poder de mercado de los operadores ya implantados.

Por esta razón, algunos operadores, entre ellos ABBLA, consideraron que la forma de ofrecer de forma inmediata servicios de telefonía móvil a sus clientes, en competencia con los servicios ofrecidos por los tres operadores que contaban con una red propia de telefonía móvil, era adquirir al por mayor los servicios de éstos últimos para su posterior venta al cliente final, desarrollando así una actividad de reventa del servicio de telefonía móvil.

Ahora bien, en el año 2000 la legislación sectorial no contemplaba la figura del revendedor de servicios de telefonía móvil ni preveía un título habilitante específico para desarrollar dicha actividad. No obstante y como medida para conseguir un mayor grado de competencia en la prestación de servicios de telefonía móvil y como respuesta a una nueva realidad, la Secretaría General de Comunicaciones otorgó en septiembre del año 2000 las primeras autorizaciones provisionales, de conformidad con el artículo 14 LGTel, para la reventa de servicios de telefonía móvil[8].

Asimismo, dada la novedad de esta figura, la organización interna de los operadores de telefonía móvil titulares de una red, no contemplaba la posibilidad de establecer una relación contractual con este nuevo tipo de

[8] La primera autorización provisional para la reventa del servicio telefónico móvil fue otorgada a la entidad Primus Telecommunications Ibérica por Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 13 de septiembre de 2000 e inscrita en el Registro Especial de Titulares de Autorización Generales por Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de noviembre de 2000 (Exp. 2000/3446). Es cierto, tal y como afirma AIRTEL en sus alegaciones al Informe de Audiencia, que desde julio de 1999 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ha otorgado autorizaciones provisionales para la prestación del servicio de reventa del servicio telefónico, si bien dicho servicio de reventa se refiere al servicio telefónico fijo.

operador que, por una parte, podía generar ingresos cuantiosos por el volumen de tráfico susceptible de ser adquirido por éste pero, por otra parte, podía suponer una amenaza para la estabilidad de su negocio.

En relación con lo expuesto en este apartado, AIRTEL manifiesta en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia que *"resulta claro que a la fecha de firma del contrato entre ABBLA y Vodafone, existía la figura del revendedor (o proveedor de servicio) y que ninguna de las partes mostró interés por encuadrar su relación contractual en la figura de la reventa".* Al mencionar la figura del Proveedor de Servicio, AIRTEL se refiere a la figura contemplada en el artículo 5 del Real Decreto 1486/1994 por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática[9].

Como respuesta a estas afirmaciones de AIRTEL que equiparan la figura del revendedor a la del proveedor de servicios recogida en el citado artículo 5 del citado Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, es preciso puntualizar que:

(i) En la relación del operador de telecomunicaciones titular de una red de telefonía móvil y el Proveedor de Servicio al que se refiere dicho artículo 5, el primero <u>subcontrata</u> al segundo para la realización de una <u>prestación accesoria concreta</u>, tal y como es la comercialización del servicio telefónico móvil;

(ii) De esta forma, se crea una relación negocial distinta e independiente de la principal (la prestación del servicio telefónico móvil por el concesionario);

(iii) Esta relación negocial distinta no supone la entrada y acceso del Proveedor del Servicio al contrato concesional originario, sino su intervención en el logro de la realización de lo que constituye el objeto y finalidad de éste, es decir, en su ejecución[10];

[9] Dicho artículo dispone "*Artículo 5. Proveedores del servicio. La comercialización podrá llevarse a cabo <u>directamente</u> por el concesionario o <u>a través de proveedores del servicio</u> con quienes aquél subcontrate como prestación accesoria la comercialización del servicio GSM. Los proveedores del servicio pueden estar ligados a alguno de los concesionarios por vínculos de capital, o de cualquier otro tipo, o ser completamente independientes. Las condiciones de acceso a la comercialización del servicio de cada concesionario serán fijadas por éste, debiendo ser públicas, transparentes y no discriminatorias, estar fundadas en criterios objetivos, ser compatibles con el principio de proporcionalidad y respetar los requisitos esenciales del servicio. El concesionario deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los proveedores del servicio y será el responsable de la gestión de éste ante la Administración, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley de Contratos del Estado.*

[10] En este sentido, véase la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993

(iv) Al contrario de lo expuesto, la reventa implica la puesta a disposición del servicio (telefónico móvil) al revedendor para venderlo en el mismo estado en que se encontraba cuando fue adquirido, es decir, sin transformación o alteración alguna por éste.

(v) Asimismo, el revendedor asume frente a sus clientes la responsabilidad sobre los servicios que comercialice y no existe relación contractual entre el operador de red y los clientes del revendedor, a diferencia de los que ocurre en la subcontratación.

(vi) En el presente supuesto, mientras que en la subcontratación el responsable último de la prestación del servicio frente a la Administración y los clientes es el operador de telecomunicaciones, el revendedor asume en exclusiva frente a sus clientes la iniciativa y responsabilidad en la puesta a disposición del servicio al público.

(vii) Por tanto, el nivel de dependencia del Proveedor del Servicio cuya relación con el operador de red es de subcontratación es mayor que la derivada de la relación entre un operador de red y un revendedor.

En consecuencia, no es equiparable la figura del revendedor a la del Proveedor del Servicio prevista en el artículo 5 del ya citado Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, por lo que no se puede tomar en consideración la afirmación de AIRTEL que considera que en el año 2000 estaba prevista legalmente, al amparo del artículo 5 de dicho Real Decreto 1486/1994, la posibilidad de los operadores titulares de una red móvil de establecer una relación contractual con un revendedor de servicios de telefonía móvil

❒ *La firma del Acuerdo entre ABBLA y AIRTEL en el año 2000*

Tal y como se puede deducir de lo expuesto en el apartado anterior, en abril de 2000, fecha en la cual ABBLA y AIRTEL firmaron el Acuerdo, la figura del revendedor del servicio telefónico móvil no estaba completamente perfilada y era contemplada con reservas por los operadores titulares de redes de telefonía móvil. Como hemos mencionado anteriormente, dichos operadores no habían previsto la posibilidad de vender sus servicios a un revendedor para que éste los ofreciera al cliente final y, por tanto, no habían previsto un modelo de

contrato específico para este servicio. De esta forma, AIRTEL manifiesta en su escrito de 19 de julio que

> *"ABBLA se ha convertido en un revendedor de hecho y no de derecho al no haber concluido con AIRTEL el acuerdo comercial para revender su servicio móvil que viene requerido por la autorización provisional para la reventa de servicios de telefonía móvil que ostenta"*

Sin embargo, y sin entrar en su calificación, AIRTEL y ABBLA firmaron el Acuerdo en abril de 2000 cuyas principales características son las siguientes:

- El objeto del Acuerdo es la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público y el suministro de terminales

- El destinatario de dicho servicio telefónico es ABBLA, una empresa dedicada a prestar servicios de intermediación en telefonía con un reducido número de empleados.

- Se introducen "*Acuerdos especiales"* referentes a los aspectos expuestos en el apartado 2.1. Entre ellos, destaca lo referente a la *renegociación* en el plazo de **dos meses** de "*las actuales condiciones de colaboración"*. Dicho acuerdo difiere de lo establecido en la primera cláusula de las Condiciones Generales que establece la duración indefinida del Acuerdo. Asimismo, se contemplan como acuerdos especiales, aspectos que, en si mismos, no tienen un carácter diferenciador en relación con el contrato-tipo de cliente de prestación del servicio GSM.

- Se exigen avales por un importe muy superior al límite establecido en las Condiciones Generales del Acuerdo, tal y como se ha mencionado en el Antecedente de Hecho 2.1.

❒ *La ejecución del Acuerdo*

AIRTEL ha manifestado en el Expediente RO 2002/6816 tramitado en esta Comisión, en su escrito de respuesta a un requerimiento de información en el que se solicita la remisión de los contratos utilizados por AIRTEL para vender el servicio telefónico móvil disponible al público aplicando precios reducidos por volumen de minutos consumidos, ya se consuma el servicio directamente por el comprador, ya se revenda a terceros, de 21 de junio de 2002, con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 25 de junio que,

> *"esta entidad desea poner en conocimiento de esa Comisión que no existe, en la actualidad, ningún modelo de acuerdo contractual al por mayor, en virtud del cual el comprador o titular de dicho contrato con AIRTEL quede autorizado para revender el citado servicio telefónico móvil disponible al público".*

En consecuencia, según lo manifestado por AIRTEL, dicha entidad no tiene un contrato tipo específico cuyo objeto sea la reventa del servicio telefónico móvil disponible al público.

Ahora bien, el hecho de que AIRTEL no tenga previsto un contrato específico de reventa del servicio telefónico móvil, no significa que no pueda ofrecer la posibilidad de prestar dicho servicio a otra entidad para su posterior reventa. Esto es lo que se deduce de los propios términos del Acuerdo y de las actuaciones realizadas por ABBLA y AIRTEL en ejecución del mismo, de forma que, tanto unos como otras van perfilando los caracteres esenciales del Acuerdo y evidenciando su verdadera naturaleza. Veamos ahora cuáles son los aspectos esenciales para determinar dicha naturaleza:

(i) El objeto: la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público y el suministro de líneas y de terminales.

El objeto del Acuerdo suscrito entre ABBLA y AIRTEL es la prestación del servicio telefónico móvil en la modalidad de *"Red empresas"*. Tal y como consta en el *"Contrato de servicio digital GSM Airtel Empresas"* aportado por ABBLA en su escrito de alegaciones de 11 de septiembre de 2002, la prestación del servicio telefónico móvil consiste en,

> "*establecer en su empresa una red privada de usuarios de teléfonos móviles que le dará acceso a una tarificación especial en función del ámbito de utilización de los servicios de telefonía móvil, pudiendo distinguirse las siguientes zonas de utilización:*
>
> *-Zona Grupo Cerrado de Usuarios: (...)*
> *-Zona Empresa: (...)*
> *-Zona Externa: (...)*

Asimismo, dicho contrato de servicio digital GSM considera que entre las ventajas que ofrece el servicio de telefonía móvil Red Empresa está la de *"establecer una red de usuarios de teléfonos móviles dentro de su propia empresa".*

Por tanto, el servicio telefónico móvil en su modalidad Red Empresas que fue la que, en su momento, contrató ABBLA con AIRTEL, consiste en (i) suministrar el servicio al personal de una misma empresa para las comunicaciones que desarrollen dentro de su actividad industrial y comercial, constituyendo así una red privada de usuarios y (ii)

suministrar los terminales telefónicos necesarios como elemento indispensable para la prestación del servicio telefónico móvil.

De conformidad con lo anterior, el objeto del Acuerdo, en opinión de AIRTEL, de prestación del servicio GSM a una red privada de usuarios, quedó desvirtuado desde el momento en que AIRTEL suministró de forma sucesiva a ABBLA un total de 1160 terminales para únicamente VEINTICINCO (25) empleados a los que supuestamente iban destinados por ser dichos empleados los integrantes de la "red empresas", y prestó el servicio telefónico móvil a través de estos terminales.

Según manifiesta AIRTEL en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia, dicha entidad considera que el suministro de terminales no forma parte del Acuerdo y que el suministro de los mismos en cantidades muy superiores al número de empleados de ABBLA no implica que conociera la actividad realizada por ésta. De esta forma, AIRTEL reconoce que cuatro meses después de la firma del Acuerdo, cuando tuvo conocimiento de dicha actividad, llevó a cabo las acciones denunciadas por ABBLA. Esta Comisión considera, al igual que AIRTEL, que el elevado número de terminales suministrados no es un hecho determinante para afirmar que AIRTEL conocía y consentía desde el principio la actividad desarrollada por ABBLA, pero sí es un indicio que debe apreciarse junto con los que recogen en los apartados posteriores.

Además de las facturas aportadas por ABBLA correspondientes a los 1160 terminales y en relación con el suministro de terminales y asignación de líneas, dicha entidad ha aportado al Expediente una comunicación de correo electrónico de 7 de febrero de 2001 enviado por el Sr. Javier Amador, Responsable de cuentas de AIRTEL, a la Sra. Mónica Rodríguez Melchor, Directora del Departamento de Servicio de Atención al Cliente de ABBLA, en la que se recoge la forma de suministro de los terminales así como otros aspectos relevantes:

> *"Mónica, te hago a continuación un resumen de la reunión que tuvimos el pasado 2 de febrero de 2001, en relación con las nuevas altas solicitadas por TIMON COMUNICACIONES, S.A.*
>
> *Desde AIRTEL expresé la preocupación que teníamos en que el número de líneas que tenemos entregadas (incluyendo las últimas 200 altas entregadas) y que no tienen consumo es alto: 395 líneas (28% de las líneas totales). Además, el ratio de consumo por línea telefónica y por mes (...) es de 3.662 ptas. Comenté que no podíamos disminuir más este ratio haciendo entrega de más líneas sin ver un aumento de líneas con consumo. El problema tal como lo vemos no es de necesidad de nuevas líneas si no de necesidad de terminales 3310 de NOKIA que parece que son los que precisa un importante cliente de TIMON.*

> *Comentaste que el mantener un stock de líneas activas y libres de aproximadamente 250 unds mensuales asegurarían la operatividad de TIMON.*
>
> *Por ello y con intención de desbloquear la situación y entregar el pedido pendiente de 100 líneas nuevas, proponemos:*
> *1.- Dado que TIMON acaba de recibir tarjetas y terminales nuevos, que entregue a sus clientes al menos 150 líneas (para que comiencen a producir consumo) (...)*
> *Quedamos en que todas las semanas me harías llegar un fichero con las nuevas entregas de líneas a clientes y con este elemento de control iríamos calculando el stock de líneas sin consumo en TIMON, de cara a tramitar nuevos pedidos y mantener la cantidad de 250 líneas en stock.*

En el mismo sentido, el correo electrónico de 18 de enero de 2001 dirigido por el Sr. Amador, de AIRTEL, a Lidia De la Rosa, de ABBLA, aportado por dicha entidad al Expediente, se refiere también al suministro de líneas y terminales telefónicos:

> "*En relación con las altas solicitadas, pasé a firmar los dos contratos que me firmasteis por 300 líneas. Hemos visto en la factura del día 4 de enero de 2001 que de las 1200 líneas que tenéis activas, aun disponéis de 384 líneas sin consumir. Si cuento las líneas que habéis activado a final de diciembre-comienzos de enero (a través de los listados que me pasa tu compañero Jesús Francisco (Responsable de activaciones de ABBLA) que han sido 155, me da un total de 229 líneas que actualmente tenéis sin consumir. (...)*
> *Para poder entregar estas líneas necesitamos recibir un aval que asciende a 5.085.000*[11] *ptas".*

Del extracto del correo electrónico de 7 de febrero arriba reproducido, además de evidenciarse que AIRTEL reconoce que ABBLA tiene clientes propios y que AIRTEL conocía que los terminales que ésta suministraba a ABBLA no eran para su uso directo, sino para su clientes ("*...necesidad de terminales 3310 de NOKIA que parece que son los que precisa un importante cliente de TIMON", "...que entregue a sus clientes al menos 150 líneas"),* se aprecia que la asignación de nuevas líneas telefónicas a ABBLA y el suministro de terminales dependía del ratio de consumo de las líneas activas, mostrando AIRTEL su predisposición a mantener en stock líneas "*activas y libres"* con el fin de asegurar la *"operatividad de TIMON".* Esta Comisión considera que carece de sentido que un "*usuario final corporativo",* tal y como AIRTEL ha calificado a ABBLA, disponga de forma periódica de un elevado número de líneas "*activas y libres"* y, por tanto, sin consumo.

[11] Este aval se corresponde con el otorgado por ABBLA el 23 de enero de 2001. En este sentido, véase punto *(ii)*

(ii) *Los avales: su importe es muy superior al establecido en el Acuerdo.*

Desde el inicio de su relación contractual con ABBLA, AIRTEL exigió esta la constitución de avales por una cuantía muy superior a la establecida como límite en el Acuerdo (1.000.000 Ptas.).

En su escrito de 26 de septiembre, ABBLA aportó al Expediente copia de los avales requeridos y entregados a AIRTEL desde la firma del Acuerdo el 11 de abril de 2000 y que se relacionan a continuación:

- Aval por CINCO MILLONES (5.000.000) PESETAS otorgado con fecha 24 de abril de 2000.
- Aval por SIETE MILLONES (7.000.000) PESETAS otorgado con fecha 9 de junio.
- Aval por CINCO MILLONES (5.000.000) PESTAS otorgado con fecha 26 de septiembre.
- Aval de DIEZ MILLONES (10.000.000) PESETAS otorgado con fecha 8 de noviembre de 2000.
- Aval por CINCO MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL (5.085.000) PESETAS otorgado con fecha 23 de enero de 2001.

La explicación de la exigencia de avales desde la firma del Acuerdo, por un importe muy superior (27.000.000 Ptas.) al límite establecido en la Cláusula 4 de las Condiciones Generales, la encontramos en que dichos avales se exigían por cada una de las líneas solicitadas por ABBLA y sus importes eran determinados en función de los *límites de crédito* que serán objeto de una explicación detallada en el punto *(v)* del presente apartado.

Es preciso añadir que AIRTEL no realiza en sus alegaciones al Informe de Audiencia, mención alguna a los avales exigidos a ABBLA.

(iii) *La duración indefinida del Acuerdo frente a la previsión de una cláusula de "renegociación" a los dos meses de su firma*

De conformidad con lo establecido en el apartado primero de las Condiciones Generales, el Acuerdo tiene duración indefinida, tal y como es habitual en un contrato de prestación del servicio telefónico

No obstante, hay que destacar por su singularidad, la inclusión de una cláusula de "*renegociación de las actuales condiciones de colaboración"* a los dos meses de la firma del Acuerdo. Efectivamente, llama la atención que el Acuerdo prevea la revisión del Acuerdo en un periodo de tiempo tan breve, ya que la revisión del contrato tiene por objeto corregir las deficiencias en la ejecución de éste que se hayan observado en un período de tiempo razonable y, por tanto, suficiente para apreciar las citadas deficiencias.

Asimismo, destaca la utilización de la expresión "*condiciones de colaboración"* en un contrato que supuestamente es de *"prestación de servicios" y* en el que, por tanto, se debería excluir el intercambio recíproco de prestaciones tan característico de los contratos de colaboración entre empresas.

En consecuencia, la cláusula referente a la renegociación suscita dudas en relación con la verdadera naturaleza del Acuerdo ya que, por un lado, refleja el carácter provisional del Acuerdo, algo que es completamente inusual en un contrato de prestación del servicio telefónico y, por otro, utiliza términos ("*condiciones de colaboración)* que denotan que el objeto del Acuerdo no es sólo la mera prestación del servicio telefónico a una empresa.

En relación con la citada cláusula de "*renegociación"* AIRTEL ha manifestado que "*tanto la duración indefinida del Acuerdo como la posibilidad de renegociación de las condiciones económicas en breves plazos de tiempo son condiciones habituales en una gran parte de los contratos firmados por Vodafone y grandes empresas. Los altos grados de competencia y la continua evolución del mercado obligan a que las ofertas comerciales de los operadores móviles tengan que ser cada vez más incisivas y flexibles en materia de precios".*

Sin embargo, de la redacción de la cláusula no se deduce que dicha renegociación se refiera únicamente a la actualización de las condiciones económicas, actualización que, tal y como veremos en el punto *(vii)* posterior, no requiere que se prevea en el Acuerdo, sino que dicha cláusula establece literalmente que la renegociación se refiere a las "***actuales condiciones de colaboración"***

En consecuencia, esta Comisión considera que la inclusión de esta cláusula en el Acuerdo se debe a la falta de precedentes y, en consecuencia, a la inexistencia y falta de definición, en el momento de su firma, de la figura del revendedor de servicios de telefonía móvil y de

un marco legal que amparara su actividad, circunstancias que dificultaban la implementación por ambas partes de un modelo contractual de colaboración entre dos operadores de telecomunicaciones para la reventa del servicio telefónico móvil. Dicha situación era susceptible de cambiar en un plazo muy breve de tiempo, facilitando la entrada de otros revendedores de servicios de telefonía móvil que ofrecieran sus servicios en competencia y dejaran a ABBLA fuera del mercado. De esta forma, con la finalidad de adaptar las condiciones del Acuerdo a la situación que se pudiera originar, se estableció la posibilidad de renegociar dichas condiciones a los dos meses de su firma.

(iv) La falta de incorporación a las Condiciones Generales de algunas cláusulas relevantes

En el escrito presentado por AIRTEL de 19 de julio, dicha entidad ha aportado las "*Condiciones Generales de uso del Servicio GSM prestado por AIRTEL MOVIL, S.A*." Dichas Condiciones han sido aportadas también en el marco del mencionado Expediente RO 2002/6816 tramitado en esta Comisión, como "*copia del contrato-tipo de cliente aprobado por Resolución de la Dirección General de Comunicaciones, de 29 de septiembre de 1995*".

Hay que destacar que las Condiciones Generales tienen un total de VEINTIUNA (21) CLÁUSULAS, frente a las CUARENTA Y DOS (42) que se incorporan en las "*Condiciones Generales de Uso del Servicio GSM prestado por AIRTEL MOVIL, S.A.*" Tal y como consta en el anverso de las Condiciones Generales, "*el abajo firmante .....ha leído, conoce y acepta en su integridad las condiciones generales que figuran al dorso del presente documento, las cuales rigen sus relaciones con AIRTEL MOVIL*".

Sin embargo, en las Condiciones Generales no se incluyen muchas cláusulas de las mencionadas *Condiciones Generales de uso del Servicio GSM prestado por AIRTEL MOVIL, S.A*. En consecuencia, dichas cláusulas se tendrán por no puestas[12] y serán ineficaces en la

[12] Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
A*rtículo 7. No incorporación.* No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:
a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas (). Esta Comisión que la mencionada Ley de Condiciones Generales de la Contratación es aplicable al presente supuesto aunque ABBLA no sea un usuario final sino un comerciante. Esta conclusión se deduce del artículo 2 de dicha Ley*: "la presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad".* En este sentido, véase el Auto de 14 mayo 2001 de la Audiencia Provincial de Asturias (AC 2001\1676) y la Sentencia de 4 abril 2000 de la Audiencia Provincial de Valencia (AC 2000\3942)

relación de AIRTEL con ABBLA, dado que las Condiciones Generales que supuestamente constaban "*en su integridad"* son las únicas que rigen dicha relación. A este respecto hay que precisar que, tal y como alega AIRTEL, no es que "*la falta de entrega denote la voluntad de Vodafone de excluir su aplicación",* es que su falta de incorporación implica, tal como hemos citado antes, que se tengan por no puestas, con independencia de cual fuera la voluntad de AIRTEL al no incorporarlas.

En este sentido, AIRTEL hace referencia en su escrito de 19 de julio, a la cláusula 32.a) incluida en el apartado *"XI. Duración y Resolución del Contrato*" de las "*Condiciones Generales de Uso del Servicio GSM".* Dicha cláusula establece que:

> *"Airtel Móvil podrá resolver el presente contrato (...) por incumplimiento grave o reiterado de sus obligaciones o declaraciones conforme al presente contrato. Se entenderá que existe un incumplimiento grave del Cliente cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:*
>
> > *a) El Cliente ceda a un tercero el derecho a la prestación del Servicio GSM que deriva del presente Contrato sin el consentimiento previo expresado por escrito de AIRTEL MOVIL, llevando a cabo tal cesión con ánimo de lucro propio"*

Según ha manifestado AIRTEL la cláusula reproducida prohíbe la reventa del servicio telefónico. Sin embargo, en las Condiciones Generales anexas al Acuerdo, no se incluye dicha cláusula y, en lo referente a la Resolución del Acuerdo únicamente consta lo siguiente,

> *"14. El presente Contrato se resolverá automáticamente por la pérdida por parte AIRTEL MÓVIL de la licencia GSM cuando ello determine la imposibilidad de continuar prestándolo por la situación de insolvencia en que sea inmersa cualquiera de las partes y por el incumplimiento grave o reiterado de AIRTEL MÓVIL o del cliente de sus obligaciones".*

Por tanto, en las Condiciones Generales se omite expresamente la prohibición de cesión a un tercero del derecho a la prestación del servicio GSM con ánimo de lucro propio.

No obstante, AIRTEL ha manifestado en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia que en las Condiciones Generales *"figura la cláusula de prohibición de la reventa".* Concretamente, la cláusula 10 establece,

> *"10. El cliente estará obligado al pago de las cantidades devengadas por el uso de los servicios prestados por AIRTEL MOVIL, a hacer uso debido del servicio, a no ceder su posición en este contrato (...)"*

Esta Comisión no comparte la postura adoptada por AIRTEL que equipara la cesión del contrato a la reventa. La cesión del contrato puede definirse como un "*negocio jurídico trilateral en el que intervienen las partes contratantes y un tercero con la finalidad de sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva*[13]". Tal y como ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cesión del contrato produce la transmisión del conjunto de todos los efectos de un determinado contrato a un tercero, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior. Para su validez y eficacia, la cesión del contrato exige la concurrencia de varios requisitos:

(i) Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas[14];

(ii) Que el contrato se encuentre total o parcialmente pendiente de ejecución, es decir, que sea de ejecución continuada;

(iii) La observancia de la misma forma y condiciones que la del contrato objeto de cesión; y

(iv) El consentimiento de los contratantes cedente y cedido y del cesionario.

La cesión del contrato implica la extinción de la relación contractual entre cedente (en su caso, ABBLA) y cedido (en su caso, AIRTEL) y la asunción por el cesionario (en su caso, el cliente de ABBLA) y el cedido de la figura de partes en el objeto de la cesión y de la totalidad de los correspondientes derechos y obligaciones derivados del mismo.

De conformidad con lo anterior, la cesión del contrato coloca al cesionario (en su caso, el cliente de ABBLA) en el lugar que antes ocupaba el cedente (en su caso, ABBLA) en la relación contractual, quedando este último desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar en los derechos y en las obligaciones que surgen del contrato. De esta manera, el cedente queda liberado de las obligaciones que tuviera y pierde asimismo los derechos de la relación contractual. Por su parte, el contratante cedido (en su caso, AIRTEL) deberá cumplir

[13] GARCÍA AMIGO. *La cesión de los contratos en el Derecho español* (Madrid, Edersa, 1964)
[14] En este sentido, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997

sus obligaciones con respecto al cesionario y admitir el cumplimiento del cesionario con respecto a él.

Aplicado al caso que nos ocupa, observamos que la actividad realizada por ABBLA en ningún caso implica la cesión del Acuerdo. ABBLA no ha cedido a sus numerosos clientes su posición en el Acuerdo, puesto que dicha cesión implicaría que todos los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo recaerían sobre todos y cada uno de los clientes; en particular, y a modo no limitativo, si se hubiera producido dicha cesión, ABBLA quedaría desligada del Acuerdo y liberada de sus obligaciones frente a AIRTEL, entre ellas las de pago.

Asimismo, en las diversas comunicaciones realizadas entre las partes, de las cuales se reproducen diversos extractos en la presente Resolución, no se evidencia que AIRTEL pusiera en conocimiento de ABBLA la posible cesión inconsentida del Acuerdo, conducta que le hubiera facultado para resolver automáticamente el Acuerdo tal y como hemos podido observar, precisamente porque la reventa no implica la cesión del contrato.

En consecuencia, la figura de la cesión es muy diferente de la figura de la reventa:

(i) La reventa es una forma de colaboración por la que el revendedor vende los productos que adquiere en el mismo estado en que se encontraban cuando fueron suministrados, es decir, sin alteración o transformación alguna.

(ii) El revendedor ofrece a sus clientes propios el producto previamente adquirido a un precio libremente fijado por éste y, por tanto, en condiciones diferentes a las pactadas con el proveedor.

(iii) El revendedor asume el riesgo y la responsabilidad en la prestación del servicio que a su vez adquiere del proveedor.

(iv) El hecho de que el revendedor suministre a su clientela el servicio previamente adquirido, no implica que haya una cesión del contrato que el revendedor mantiene con el proveedor, puesto que no hay consentimiento ni del cliente ni del proveedor ni voluntad de cederlo del revendedor y las condiciones establecidas en el contrato entre

revendedor y proveedor y entre el revendedor y el cliente son diferentes.

Tal y como se puede apreciar, los caracteres arriba citados son completamente diferentes de los atribuidos a la cesión del contrato y, por tanto, no se puede apreciar un incumplimiento de ABBLA de la ya citada Cláusula 10 de las Condiciones Generales, puesto que no ha cedido a un tercero su posición en el contrato.

(v) El carácter especial de acuerdos comúnmente utilizados

El Acuerdo recoge una serie de acuerdos especiales a los que ya se ha hecho referencia en el Antecedente de Hecho 2.1., cuya inclusión es habitual, tal y como ha reconocido AIRTEL, en los contratos tipo del servicio GSM ofrecido a empresas.

Del carácter especial de algunas cláusulas incluidas en el mencionado contrato tipo de AIRTEL, se deduce que AIRTEL y ABBLA no tuvieron la intención de firmar el contrato tipo estándar ofrecido a las demás empresas clientes de AIRTEL, sino la de suscribir un acuerdo que recogiera las condiciones particulares que hicieran posible el desarrollo de la actividad objeto de dicho acuerdo y que lo diferenciaran del objeto del mencionado contrato tipo estándar de AIRTEL.

En relación con la cláusula referente a los "*Límites de crédito*", ABBLA considera que la razón de su carácter de "acuerdo especial" está en la exigencia por parte de AIRTEL de la entrega de avales por línea solicitada, cuyos importes fueron determinados en función del límite de crédito asignado a cada una de ellas. Asimismo, se establecieron dieciocho categorías de límites de crédito con la finalidad, según ABBLA, de que ésta pudiera limitar el consumo de sus clientes en función del riesgo de los mismos y de poder ofrecer a dichos clientes la posibilidad de limitar voluntariamente su consumo mensual.

AIRTEL no realiza ninguna manifestación con respecto a esta cláusula en sus alegaciones al Informe de Audiencia aunque en su escrito de alegaciones de 19 de julio manifestó que los límites estándar de créditos constituyen *"una condición habitual en los contratos y como tal figura en el contrato-tipo de AIRTEL".* Sin embargo, la explicación de su inclusión así como la forma de establecer dichos límites y fijar la cuantía de los avales mencionados en el apartado *(ii)* anterior exigidos por AIRTEL a ABBLA y de los cuales nada menciona AIRTEL en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia, se puede apreciar en un correo

electrónico dirigido por el Sr. Amador, de AIRTEL, al Sr. Rodrigo Fernández-Gil, Consejero Delegado de ABBLA:

> *Rodrigo, te envío nota de aclaraciones sobre límites de crédito y avales (..)*
> *El motivo de esta carta es aclarar una serie de puntos en relación con los límites de crédito y los avales requeridos.*
> *En primer lugar, comentarte que debido a la forma de tratar los límites de crédito por nuestro sistema informático, (.....). Por ello, te recomendamos que realices un estudio del patrón de uso de* ***tus clientes*** *de cara a indicarnos el límite adecuado para cada uno de ellos, de forma que evitemos la modificación de los límites a mitad del periodo de facturación.*
> *Después aclararte que aunque hablamos de "límites de crédito", más bien deberíamos hablar de "control de crédito" (....) Esto significa que el corte de comunicación no tiene porqué coincidir exactamente con las 10.000 o 25.000 Ptas., ya que no es algo automático. Por ello, Timón Comunicaciones no podrá reclamar las cantidades que excedan de los límites impuestos por Airtel.*
> *Por otro lado, comentarte que aunque hemos establecido una serie de líneas "Sin límite" y con roaming, la filosofía que sigue Airtel es que si observa un uso "extraño" en alguna de estas líneas, sobre todo en lo relativo a roaming, puede proceder a cortar dicho uso. Cuando hablamos de uso "extraño" nos referimos a uso desproporcionado e inhabitual en dicha línea y de forma puntual.* ***En este caso, Airtel informaría inmediatamente a Timón Comunicaciones para que Timón decidiese dar o no la autorización para seguir ofreciendo servicio a dicho cliente.***
>
> *Por último, comentarte que* ***las cantidades exigidas como aval*** *por cada una de las líneas serán:*
>
> - *Líneas sin límite y con roaming: 200.000 Ptas.*
> - *Líneas con límite de 25.000 Ptas.: 25.000 Ptas.*
> - *Líneas con límite de 10.000 Ptas.*
>
> *Si calculamos la configuración de límites que tenéis en este momento y recordando que tenéis avalados 22.000.000 Ptas., tenemos...1200* (líneas) *20.685.000* (cuantía de los avales)*.Que da una cantidad menor que la avalada. Por ello, y sin aumentar la cantidad de avales, podéis realizar otras combinaciones de número de líneas de cada tipo. Por ejemplo, aumentar las líneas "sin límite": (....) o aumentar las líneas con límite: (...)*
> *Quedo a la espera de que me indiquéis qué combinación de tipo de líneas queréis que especifiquemos y qué líneas debemos pasar a qué categorías.*

Asimismo, en un correo electrónico de 16 de enero de 2001, dirigido por el Sr . Amador, de AIRTEL, a la Sra. Mónica Rodríguez, empleada de ABBLA se aprecia también el criterio utilizado por AIRTEL para fijar la cuantía de los avales:

> *"En este momento tenemos avales vuestros por valor de 22.000.000 Ptas. (....)*
> *En este momento queréis activar 450 nuevas líneas con un reparto de límites de 70% de 10.000 Ptas., 20% de 25.000 Ptas. y 10% Sin Límite (...) entonces nos faltará un aval de 13.085.000 para estas 450 líneas".*

O el correo electrónico remitido por el citado Sr. Amador a Lidia De la Rosa, de ABBLA, el 18 de enero de 2001:

> *"En este momento tenemos avales vuestros por valor de 22.000.000 Ptas. (....)*
> *En este momento queréis activar 200 nuevas líneas con un reparto de límites de 70% de 10.000 Ptas., 20% de 25.000 Ptas. y 10% Sin Límite (...) entonces nos faltará un aval de 5.085.000 para estas 200 líneas.*
> *Por favor enviadnos el mencionado aval lo antes posible para activen las líneas".*

En consecuencia, de las comunicaciones reproducidas se deducen los siguientes aspectos:

(i) AIRTEL reconoce una vez más que ABBLA tiene clientes propios y manifiesta su intención de mejorar la operatividad de la actividad desarrollada por ABBLA;

(ii) La finalidad de incluir la cláusula "*Límites de crédito"* en el Acuerdo era dotar de operatividad a la relación entre ABBLA y AIRTEL, de forma que ABBLA pudiera limitar el consumo de sus clientes en función del riesgo asumido después de realizar *"un estudio del patrón de uso"* de éstos y ofrecer asimismo a sus clientes la posibilidad de limitar voluntariamente su consumo mensual;

(iii) En el caso de líneas "*sin límite"* en las que AIRTEL detectara un *"uso extraño"* por parte de un cliente de ABBLA, AIRTEL informaría a ABBLA para que fuera ésta la que decidiese dar o no la autorización para seguir ofreciendo servicio a dicho cliente;

(iv) La explicación de la exigencia de avales por un importe muy superior (27.000.000 Ptas.) al límite establecido en la Cláusula 4 de las Condiciones Generales, la encontramos en que dichos avales se exigían por cada una de las líneas solicitadas y sus importes eran determinados en función del límite de crédito. De esta forma, AIRTEL quedaba cubierta de todo riesgo de impago convirtiéndose dichos límites de crédito en "*controles de crédito"*.

Con respecto a la cláusula *"Cambios de titularidad"*, su especialidad tiene origen, según ABBLA, en la preocupación de AIRTEL por el hecho de que ABBLA pudiera "captar" clientes suyos. De esta forma, se introduce este acuerdo que penaliza la captación de clientes AIRTEL cuando superen el 5% del parque total. Por su parte, AIRTEL ha manifestado en su escrito de alegaciones al Informe de Audiencia que este tipo de cláusula persigue *"como objetivo que los móviles Vodafone*

que, con anterioridad a la firma del contrato con la empresa, estuvieran activos con titularidad de ésta o de sus empleados, puedan ser transferidos a la cuenta de la empresa sin necesidad de dar de baja el móvil con las consecuentes incomodidades para el usuario. Así los móviles que tuvieran los empleados o aquéllos que tengan los empleados de nueva incorporación y de cuyo gasto la empresa desee hacerse cargo, pasarán a ser facturados directamente a la empresa previa modificación, en los sistemas de Vodafone, de la titularidad de tales móviles que pasan a ser titularidad de la empresa".

Según lo manifestado por ABBLA, "*el sentido de esta cláusula no es limitar los cambios de titularidad que pudiera realizar ABBLA entendido como el personal ligado a ésta por razones laborales o profesionales, siendo éste el sentido que se desprende del contrato AIRTEL-EMPRESA. Por el contrario, esta cláusula si es incluida de manera expresa en la oferta que, durante las negociaciones llevadas a cabo con AIRTEL, ésta nos presentó con la finalidad de que ABBLA llegara a ser Proveedor de Servicios de AIRTEL".*

(vi) <u>El suministro de CDRs</u> como elemento esencial para la facturación realizada por ABBLA a sus clientes

Uno de los servicios que, según manifestó ABBLA en su escrito inicial de solicitud, le presta AIRTEL, es el <u>suministro periódico</u> de CDRs. A este respecto, AIRTEL manifiesta en su escrito de 19 de julio que dicho compromiso de entrega de CDRs no figura en el Acuerdo y que AIRTEL "*nunca ha entregado a ABBLA CDR alguno*". Esta Comisión comparte con AIRTEL la primera afirmación pero no la segunda.

Tal y como considera AIRTEL, ésta facilitó a ABBLA el acceso al servicio "Facturanet" que permite a cualquier cliente de AIRTEL habilitado para ello, acceder a su factura mensual desglosada en formato electrónico.

Con objeto de que ABBLA acreditara la efectiva entrega de los citados CDRs, los Servicios de esta Comisión solicitaron a dicha entidad con fecha 17 de septiembre que aportara "*los documentos que acrediten la entrega de los CDRs".* Como respuesta, ABBLA aportó, entre otros, un correo electrónico de 4 de diciembre de 2001, dirigido por Dña. María José García, empleada de AIRTEL, a Dña. Mónica Rodríguez, empleada de ABBLA, en los siguientes términos:

> "*Ahora sí, aquí está la factura de Nov. en formato txt.*
> *Te envío el detalle en dos archivos y un archivo resumen"*

Junto con el citado correo electrónico, ABBLA adjunta un extracto, dada su gran extensión, del contenido de los archivos adjuntos, en los que se contienen los detalles de las llamadas realizadas, tales como el número de origen, día, mes y hora de la llamada, el número receptor, el tipo de llamada, la duración de la llamada, la tarifa aplicable y su importe, así como el importe final de cada una de las líneas. Por tanto, dichos archivos contienen toda la información que figura habitualmente en los CDRs y así lo ha manifestado AIRTEL en su escrito de 19 de julio al afirmar que los CDRs "*contienen toda la información asociada al servicio prestado y que resulta necesaria para efectuar la facturación al cliente (parámetros como duración de la llamada, número de teléfono que genera el servicio, número de teléfono con el que se produce la comunicación, hora de la llamada, volumen de los datos recibidos, etc.)".* En consecuencia, con estos datos, ABBLA disponía de la información suficiente para proceder a facturar directamente a sus clientes y así lo ha podido apreciar esta Comisión en la factura de un cliente de ABBLA aportada por ésta al presente Expediente correspondiente al número 609130660.

(vii) La necesidad de delimitar otros aspectos relacionados con la ejecución del Acuerdo. En particular, el servicio de atención al cliente, portabilidad y procedimientos.

A continuación, nos referiremos a otros aspectos relacionados con la ejecución del Acuerdo y al desarrollo de la actividad realizada por ABBLA, así como la forma en que dichos aspectos se iban perfilando mediante comunicaciones continuas entre las partes.

Con fecha 26 de septiembre de 2000, el Sr. Amador, de AIRTEL, se remitió un correo electrónico al Sr. Rodrigo Fernández Gil, de ABBLA, en los siguientes términos:

> *"Estimado Rodrigo:*
> *Te adjunto contestación a los puntos tratados en la pasada reunión"* (Adjunta ficheros)

En dichos ficheros, se contiene el resumen de una reunión celebrada por representantes de AIRTEL y ABBLA en el que se muestra claramente que AIRTEL conocía la actividad desarrollada por ABBLA y la intención de ambas partes de completar algunos aspectos del Acuerdo y mejorar la operativa del mismo. En particular, destacan los siguientes puntos:

1. *Terminales: Timón (*actualmente, ABBLA) *enviará a Airtel previsiones quincenales de las necesidades de terminales para que estos sean suministrados. Pendiente de reunión en Central de Airtel para establecer un canal de suministro independiente de dichos terminales. En este momento,*

dicho suministro es de 500 unidades semanales, más el 10% correspondiente a stock de seguridad.

2. *Airtel actualizará precios PVP y los descuentos para el caso de reposición por parte de Timón en caso de robo o destrucción*
3. *Líneas de Atención al Cliente: Timón tiene una 902. Necesitamos un apoyo de Airtel. Airtel nos confirma las posibilidades que existen. (...).*

12. Contratos de terminal subvencionado. Cancelación anticipada de 25.000 Ptas. (....) Estudiar el caso de portabilidad del número.

Ya se comentó en la reunión. En cuanto al otro tema no sabemos cómo actuará Airtel cuando la portabililidad numérica sea un hecho

13. Manuales de procedimiento. Está en la cocina de Airtel. Estamos preparándolo. Estarán la semana entrante".

En relación con el primer punto (*"Terminales"*) llama la atención la elevada cuantía de terminales semanales suministrados (500) para ser una actividad que, tal y como reconoce AIRTEL en sus alegaciones al Informe de Audiencia, "*no forma parte del objeto del objeto y ésta resulta ser una actividad secundaria y complementaria de su actividad principal".* Precisamente por la cuantía de los pedidos las partes del Acuerdo estaban interesadas en establecer un "*canal de suministro independiente",* con la finalidad de agilizar el suministro de los terminales.

Con referencia al apartado segundo ("*Actualización de precios y descuentos"*), es preciso remitirse aquí a lo comentado en el punto *(iii)* anterior en relación con la cláusula de *"Renegociación".* Recordemos que AIRTEL justifica la inclusión de esta cláusula por la necesidad de adaptar "*las condiciones económicas en breves plazos de tiempo";* efectivamente, se evidencia en la comunicación antes reproducida que en contratos de carácter indefinido y con vocación de permanecía, la adaptación constante de las condiciones económicas *"en breves plazos de tiempo"* es una práctica comercial usual que se realiza de forma periódica, estableciéndose la periodicidad de dichas adaptaciones en el propio contrato o realizándose al margen de éste, tal y como es el caso. De esta forma, en un contrato de carácter indefinido, se establece la periodicidad con la que habrán de realizarse las citadas adaptaciones pero, en ningún caso se establece una **única** renegociación de las "*condiciones económicas"* y menos aun dos meses después de la firma del contrato.

Asimismo, llama la atención que AIRTEL considere a ABBLA como "*usuario final"* y, sin embargo, le aplique un descuento en caso de que dicha entidad reponga un terminal robado o destruido, cuando, en ningún caso se aplican este tipo de descuentos a los usuarios finales. La razón de la inclusión de la frase "*para el caso de reposición por parte de Timón"* obedece a que ABBLA es un intermediario entre el cliente final y

AIRTEL y, por tanto, es ABBLA a quien le corresponde reponer el terminal al usuario final por ser el responsable frente a éste.

El apartado tercero (*"Atención al cliente"*) refleja el interés de ABBLA por mejorar la línea de atención al cliente que ya posee a través de la línea 902, de forma que las llamadas realizadas por los clientes de ABBLA no fueran atendidas en el Centro de Atención de AIRTEL. Consideramos que en un contrato de prestación del servicio telefónico móvil por un operador de telecomunicaciones a una empresa, no tiene sentido implementar dos centros de atención al cliente, el ofrecido por el propio operador de telecomunicaciones (AIRTEL) y el ofrecido por la empresa cliente (ABBLA).

En relación con la *portabilidad* a la que se hace referencia en el apartado 12 arriba reproducido, ABBLA ya manifestó en su escrito inicial de solicitud de intervención de 24 de junio de 2002 que uno de los incumplimientos de AIRTEL era que no portaba los números solicitados. AIRTEL respondió a dicha alegación en su escrito de 19 de julio afirmando que "*ABBLA no es ni puede ser beneficiario de los procesos de portabilidad".* A pesar de esta afirmación, lo cierto es tanto AIRTEL como ABBLA trataron de habilitar un procedimiento para hacer posible portar números conferidos a ABBLA por AIRTEL, a otro operador de telefonía móvil y para portar un número telefónico de otro operador a ABBLA. En este sentido, con fecha 13 de marzo de 2001,el Sr. Amador, de AIRTEL, se dirigió a la Sra. Mónica Rodríguez Melchor, empleada de ABBLA, en los siguientes términos:

> *"Esta tarde al llegar a la empresa he tenido una reunión y no he podido hablar contigo. Sigo sin tener ninguna noticia de los terminales que esperáis.*
>
> *Te he puesto en el mensajero las solicitudes de portabilidad que me remitisteis, una vez recuperadas. Te envío también las tarjetas HLRs 25, 35, 45 y 60 que me pediste.*
>
> *El **procedimiento de portabilidad** tendrá que pasar por la creación de un cliente dentro de Airtel, para luego realizar un cambio de titularidad hacia Timón. Aunque todos los documentos se entreguen de una vez y tal y como dijiste, **no te puedo garantizar que no salga alguna factura de Airtel hacia el cliente.***
>
> *Dependiendo de que se trate de una empresa o de un particular, la documentación solicitada será la siguiente:*
> *1.- Caso empresa:*
> *-Solicitudes de portabilidad.*
> *-"Contrato de Servicio Digital GSM Airtel Empresas" (cumplimentado y firmado por la persona autorizada del cliente).*
> *-(….)*

-Documentos de solicitud de cambio de titular (desde la empresa hacia Timon, para lo cual en un lado firma la persona autorizada de la empresa y en el otro lado la persona autorizada de Timon (...)

Asimismo, la entidad ABBLA en respuesta a la petición de subsanación de su solicitud realizada por los Servicios de esta Comisión de 17 de septiembre, en la que se le solicitaba que aportara los documentos que acrediten la realización de un procedimiento de portabilidad de un número telefónico de los conferidos a ABBLA por AIRTEL MÓVIL, S.A. a otro operador de telefonía móvil, ha conseguido probar la realización de dos procedimientos de portabilidad:

(i) De un número telefónico de los conferidos a ABBLA por AIRTEL, a otro operador de telefonía móvil; y

(ii) De un número de un operador de telefonía móvil (distinto de AIRTEL) a favor de ABBLA.

Con respecto a la primera opción, ABBLA alega que su intervención se limita a la "*realización y entrega de un documento de cambio de titularidad de la línea a favor de la persona física o jurídica que desee portar su número. (...) Con esta cambio de titularidad, el nuevo titular solicita la portabilidad al operador destinatario de la misma".*

Con respecto a la segunda opción, ABBLA ha aportado diversos documentos que prueban la portabilidad a su favor de un número de teléfono móvil procedente de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. Dichos documentos son:

- Una factura de 1 de enero de 2001 de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. correspondiente al número 609130660.

- Un burofax remitido por el titular del citado número a AIRTEL con fecha 18 de mayo, en los siguientes términos:

  "Con fecha 7 de febrero de 2001 firmé mi contrato de alta en la empresa ABBLA MOBILE, S.A. junto con la documentación necesaria para que éstos llevaran a cabo la portabilidad de mi número, de Movistar a Airtel, así como el cambio de titularidad de Airtel a Abbla, trámites exigidos por Airtel para finalmente ser cliente de Abbla (…)

  Por todo esto, solicito por la presente que se tramite automáticamente el cambio de titularidad a Abbla, ya que mi deseo es ser cliente de ésta (…)

- Acta notarial formalizada por el titular del número de teléfono móvil de 18 de mayo de 2001 en la que dicho titular manifiesta

  "Que era abonado con el número de teléfono móvil 609130660 de la compañía de telecomunicaciones TELEFÓNICA MÓVILES-MOVISTAR, habiendo realizado la portabilidad de dicho número a otra compañía de telecomunicaciones llamada ABBLA MOBILE, S.A.(antes TIMÓN COMUNICACIONES, S.A.) y siendo intermediario de esa operación de portabilidad AIRTEL. Por esta intermediación, AIRTEL debería haber trasladado dicho número a la compañía ABBLA MOBILE, S.A. (..)"

  y requiere al notario para que llame al número de teléfono en cuestión y realice una llamada desde ese número, comprobando el notario que puede realizar la primera operación pero no la segunda.

- Acta notarial formalizada por el titular del número de teléfono móvil de 14 de junio de 2001 en los mismos términos que la anterior.

- **Factura emitida por ABBLA de 11 de agosto de 2001 correspondiente al número de teléfono 609130660.**

Por último, en lo que se refiere al apartado "*Manuales de Procedimiento"* que, tal y como ha manifestado ABBLA debían recoger las actuaciones a seguir por ambas partes en el desarrollo de la actividad de reventa del servicio telefónico móvil, esta Comisión no aprecia el motivo de su elaboración por parte de AIRTEL ("*está en la cocina de Airtel")* si, tal y como ésta ha afirmado, el Acuerdo es un mero contrato de prestación del servicio telefónico móvil a un usuario final similar a los ofrecidos a los demás usuarios finales.

En consecuencia, queda demostrado que AIRTEL conocía desde el inicio de su relación contractual con ABBLA la actividad que ésta desarrollaba consistente en la prestación de "servicios de intermediación de telefonía", y que dicha actividad fue consentida expresamente por AIRTEL.

2.3. La calificación del Acuerdo

Tal y como se ha mencionado en los apartados anteriores, aunque AIRTEL y ABBLA firmaron un contrato tipo de prestación del servicio de telefonía móvil GSM, de las circunstancias históricas que rodearon la firma del Acuerdo, de las especialidades contenidas en éste, de su

ejecución y de las actuaciones posteriores que siguieron a ésta, se deduce que la pretensión de las partes al iniciar su relación contractual abarcaba algo más que la mera prestación del servicio de telefonía móvil por parte de AIRTEL

Efectivamente, según se deduce del Acuerdo, de sus Condiciones Generales y de las puntualizaciones que se han hecho al respecto, así como de las circunstancias históricas que rodearon a la celebración del contrato y de la intención de las partes manifestada en hechos coetáneos y posteriores a la misma, esta Comisión estima que la intención de ABBLA y AIRTEL al iniciar sus relaciones contractuales era la de formalizar un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa por parte de ABBLA a sus clientes finales que por el momento histórico en se iniciaron dichas relaciones, caracterizado por la indefinición de esta figura y la ausencia de un marco legal para su prestación, y por la falta de un modelo de contrato específico para la prestación del servicio telefónico móvil con fines de reventa se formalizó mediante un contrato-tipo de prestación del servicio GSM al que se añadieron ciertas cláusulas particulares y en el que se omitieron otras, contrato **que se fue perfilando y completando mediante sucesivas comunicaciones entre las partes** (se han ido enumerando más arriba), apartándose así de su naturaleza de mero acuerdo de prestación de servicios a un cliente final a favor de una clara configuración como una relación de prestación del servicio para fines de reventa.

2.4. En conclusión

De conformidad con la interpretación realizada en el presente Fundamento de Derecho, consideramos que ABBLA no desvirtuó el objeto del Acuerdo al revender el servicio telefónico móvil disponible al público que a su vez adquiría a AIRTEL, por ser precisamente ésta la finalidad que subyacía en el propio Acuerdo y en su ejecución posterior y por ser conocida y consentida esta circunstancia por AIRTEL desde el inicio de la ejecución de dicho Acuerdo.

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto en la presente Resolución, esta Comisión considera que no ha existido un incumplimiento del contenido del Acuerdo por parte de ABBLA[15] ni ésta ha desvirtuado su objeto, por subyacer en dicho Acuerdo una voluntad diferente de la realmente expresada por las partes, a tenor de la interpretación lógica e histórica realizada en los apartados anteriores y

[15] Incluso en el caso de que dicho incumplimiento se hubiera producido, AIRTEL sólo hubiera tenido a su alcance dos posibilidades de actuación de acuerdo con el art. 1124 del C.C.: resolver la relación contractual con ABBLA o exigir a la otra parte que cumpliere, pero en ningún caso quedaría facultada para cumplir defectuosamente con su obligación de suministro y servicio.

que AIRTEL no puede ampararse en ese incumplimiento para no cumplir o cumplir parcialmente con sus obligaciones. En estas circunstancias, se estima el petitum de ABBLA, de manera que AIRTEL debe cumplir íntegramente los términos de la relación contractual con ABBLA de acuerdo con la interpretación que de su contenido se hace en la presente resolución.

TERCERO.- ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTINUIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El contrato supone la creación, la modificación, la determinación del contenido y la declaración o extinción de una situación jurídica entre las partes. Para ello, todo contrato tiene un contenido reglamentario configurado por unas normas de conducta que tienen su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y la finalidad de regir las recíprocas relaciones entre ellas.

Ahora bien, junto a las reglas contractuales que tienen su origen en la voluntad de las partes, existen otras que vienen impuestas por el ordenamiento jurídico y que, por tanto, obligan a los contratantes. En especial,

(i) El artículo 1.256 del Código Civil establece que "*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*";

(ii) Asimismo, una vez perfeccionados, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1.258 del Código Civil)

Los preceptos arriba mencionados tienen por objeto evitar desviar la bilateralidad, propia de una relación recíproca, hacia la unilateralidad, y garantizar la continuidad y permanencia de la relación contractual, de forma que una vez formalizada ésta, las partes contratantes están recíprocamente obligadas a cumplir lo pactado.

En consecuencia, AIRTEL está obligada a cumplir el Acuerdo de conformidad con lo pactado por la citada entidad y por ABBLA y con la finalidad que efectivamente subyacía al mismo sin que, en ningún caso, pueda quedar al arbitrio de AIRTEL la forma de cumplimiento del mismo. En el presente caso, AIRTEL está incurriendo en un cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que está obligada según dicho Acuerdo y, por tanto, frustrando la finalidad perseguida por el negocio y

el interés de ABBLA, que en el caso que nos ocupa opta, no ya por ejercitar la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil[16], sino por exigir, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo de este mismo artículo, su cumplimiento exacto.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

PRIMERO. – Estimar la petición de ABBLA MOBILE, S.A. y obligar a AIRTEL MÓVIL, S.A. a prestar sin restricción alguna el servicio telefónico móvil a ABBLA MOBILE, S.A. en las condiciones establecidas en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL existente entre las partes de acuerdo con las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho Segundo.

SEGUNDO. - Facultar a ABBLA MOBILE, S.A. y a AIRTEL MÓVIL, S.A. a exigirse recíprocamente el cumplimiento del Acuerdo Especial referido a la "*Renegociación*" que se recoge en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000, considerando que uno de los objetivos de dicha renegociación es la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales, de conformidad con la voluntad inicial de AIRTEL MOVIL, S.A. y ABBLA MOBILE, S.A. inferida a partir de la interpretación del Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000, realizada en el Fundamento de Derecho Segundo y de las actuaciones realizadas por las partes como complemento de la relación contractual escrita.

TERCERO. En caso de que alguna de las partes ejercite la facultad mencionada en el Acuerda anterior, AIRTEL MÓVIL, S.A. y ABBLA MOBILE, S.A. deberán llevar a cabo la mencionada renegociación, en el plazo de TRES (3) MESES contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud de inicio de las negociaciones. Si las partes no llegaran a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá plantear un conflicto ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

[16] La Jurisprudencia ha establecido diversos requisitos que ha de reunir el incumplimiento para posibilitar el ejercicio de la acción resolutoria: (i) que el incumplimiento sea imputable al deudor; (ii) el incumplimiento ha de referirse a la obligación principal, es decir, a la que constituye el objeto principal de la relación, no a los deberes de tipo accesorio o complementario; y (iii) ha de tratarse de un incumplimiento grave, en el sentido de una voluntad expresa o tácita pero inequívoca y deliberadamente rebelde al cumplimiento o a un hecho obstativo e irreformable que impida su cumplimiento (en este sentido, véanse entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1992, 10 de mayo de 19989, 21 de septiembre de 1990, 22 de octubre de 1985, 1 de diciembre de 1989 y 18 de marzo de 1991)

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, la Disposición Adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma ley.

EL SECRETARIO

Vº.Bº. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes

José María Vázquez Quintana