



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 11 de septiembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 19 DE JUNIO DE 2003, EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD DE VODAFONE ESPAÑA, S.A. PARA QUE SE LE AUTORICE A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS PARA EVITAR LAS PRÁCTICAS CONSISTENTES EN LA UTILIZACIÓN DE INTERFACES DE CLIENTE PARA CONECTAR OTRAS REDES A LA SUYA EN SUSTITUCIÓN DEL SERVICIO DE INTERCONEXIÓN.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. contra la Resolución de esta Comisión de fecha 19 de junio de 2003 en relación con la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A., sobre la adopción de determinadas medidas para evitar la utilización de interfaces de cliente para conectar otras redes a la suya en sustitución del servicio de interconexión, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 32/03, la siguiente Resolución:

Resolución de 11 de septiembre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1183.

HECHOS

PRIMERO. En fecha 19 de junio de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó un Acuerdo en virtud del cual se desestima la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, VODAFONE) para que se le autorice a adoptar determinadas medidas para



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

evitar las prácticas consistentes en la utilización de interfaces de clientes para conectar otras redes a la suya en sustitución del servicio de interconexión. Asimismo, ante la existencia de indicios suficientes para considerar que las entidades FLAIRE TECHNOLOGY, S.L (en adelante, FLAIRE) y FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L pueden estar actuando sin estar en posesión del correspondiente título habilitante, se acordó comunicar la Resolución a la Inspección de Telecomunicaciones a los efectos que ésta estime oportunos.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el 29 de julio del mismo año, FLAIRE interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida.

En el citado escrito de interposición se expone básicamente lo siguiente:

1. Nulidad de pleno derecho de los pronunciamientos contenidos en los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la Resolución recurrida, al amparo del artículo 62.1 b) de la LRJPAC, en lo que se refiere al análisis de los potenciales problemas del uso del GSM-Gw y de los posibles incumplimientos contractuales, por falta de competencia de la Comisión para resolver sobre la materia.

Según pone de manifiesto la recurrente en su escrito de interposición, de lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la Resolución recurrida *“se infiere que, pese al expreso reconocimiento de la falta de competencia para entrar a resolver la cuestión suscitada por parte de la CMT, dicho órgano, vulnerando las normas sobre competencia material que determinan la nulidad de pleno derecho de los actos dictados infringiendo dicha normativa, ha entrado a realizar juicios de valor que no le corresponden tal como reconoce ella misma y que resultan perjudiciales a nuestra representada, por cuanto, si bien es cierto que la citada resolución no autoriza a Vodafone a resolver el contrato con nuestro mandante, lo cierto es que las manifestaciones de la CMT tienen el efecto de perjudicar posibles procedimientos futuros ante los órganos competentes, la relación contractual existente entre las partes, y de hecho al amparo de la misma Flaire ya ha recibido comunicación de Vodafone instando con carácter inmediato la resolución del relación contractual y la desconexión a la red.”*

Al respecto concluye que *“si bien el fallo que se recurre es conforme a derecho, las manifestaciones contenidas en el cuerpo de la misma, excepto lo relativo a la posible prestación de un servicio de telecomunicaciones sin título, son nulas de pleno derecho por manifiesta falta de competencia del órgano resolutorio para conocer de las mismas”*. Concretamente, según FLAIRE, la Comisión se ha extralimitado en sus competencias en los siguientes extremos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *“El Fundamento de Derecho Segundo , punto 2.1, desde el párrafo que empieza “En cualquier caso....” en la página 8 hasta el final del fundamento de derecho en la página 13.*
- *La frase “sino que estamos ante un escenario en el que se pueden estar produciendo determinados incumplimientos de las obligaciones de abonados al servicio telefónico móvil disponible al público”, en el segundo párrafo de la página 14 del Fundamento de Derecho Tercero.*
- *El Fundamento de Derecho Cuarto (primero)”.*

Finalmente, la recurrente solicita la conservación de los actos al amparo del artículo 66 de la Ley 30/1992, *“habida cuenta que, en atención a la manifiesta falta de competencia material de la CMT para conocer de las pretensiones solicitadas por VODAFONE la parte dispositiva de la resolución que se recurre hubiera sido del mismo tenor.”*

2. Argumentaciones en contra de las declaraciones contenidas en los fundamentos de Derecho segundo y cuarto.

En primer lugar, la recurrente pone de manifiesto *“la indefensión de nuestra representada como consecuencia de la falta de motivación suficiente de la resolución y la valoración mínima de los elementos fácticos y jurídicos”,* al considerar que *“la CMT no puede refugiarse en su falta de competencia para, obviar las garantías mínimas de nuestro ordenamiento jurídico a la hora de realizar unas manifestaciones que claramente tienen efectos perjudiciales en las relaciones jurídicas y comerciales entre los participantes en el mercado de las telecomunicaciones”.* Entre las garantías que habrían sido conculcadas están, a juicio de la recurrente, el derecho a motivación adecuada de las resoluciones y el principio de congruencia entre la resolución adoptada por la entidad administrativa y los hechos presentados por la parte actora.

En relación con esta cuestión alega que:

- En el análisis de los problemas de calidad generados en las comunicaciones efectuadas a través de GSM - Gw, la CMT se limita a citar dos posibles problemas, basándose *“en la suposición de que la interfaz del cliente del equipo no está diseñada para realizar el tránsito en las comunicaciones telefónicas, sin explicar la relación de esto con los eventuales problemas de calidad citados”,* relación que, a juicio de la recurrente, no existe. De este modo, según FLAIRE, la CMT omite totalmente motivar el argumento causal entre los supuestos problemas de calidad que, no se han identificado ni explicado, y el supuesto incumplimiento de las obligaciones legales, considerando que *“es paso imprescindible en esta cadena argumental que la CMT explique cuales son las supuestas obligaciones que han sido incumplidas”.*
- En cuanto a los problemas relacionados con la identidad de la línea llamante, *“la CMT se equivoca cuando dice que el CLI se pierde”,* puesto que *“el agente que*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

utiliza el gateway está en posición para proporcionar todos los registros necesarios para informar con total transparencia sobre las llamadas efectuadas a través del mismo". Además, según la recurrente, "la interceptación se realiza a través de los switches que intervienen en la llamada y no a través del Gateway, de forma que "el hecho de que exista una doble llamada no perjudica la interceptación."

- La CMT no explica el supuesto incumplimiento del contrato entre FLAIRE y VODAFONE. *"Precisamente porque la CMT no tiene competencia ninguna para entrar a valorar este extremo, no se ve capacitado para llevar a cabo el análisis". Sin embargo, "no puede pretender realizar declaraciones sobre derechos contractuales sin realizar ningún análisis como mínimo de las condiciones del contrato cuyo supuesto incumplimiento puede haberse producido."*

En segundo lugar entiende FLAIRE que *"la Resolución recurrida hace una apreciación incorrecta de la normativa aplicable sobre calidad del servicio e identificación de la línea llamante"*. Al respecto, la recurrente afirma que:

- Los parámetros fijados por la orden de calidad no coinciden con ninguno de los problemas identificados por la CMT en la resolución recurrida, siendo VODAFONE quien no cumple con su obligación de determinar en el contrato con el usuario sus niveles de calidad.
- *"La argumentación de la CMT carece aún más de fundamento cuando nos fijamos en lo que es la crítica esencial de la CMT: que el operador móvil garantice los niveles de servicio mínimos en la terminación de llamadas desde otras redes". "En este contexto los parámetros serían los que se establecen en los acuerdos de interconexión y ni siquiera en el contrato con el usuario final"*.
- No puede entenderse que existe incumplimiento de la normativa sobre identificación de la línea llamante, puesto que el único operador con obligación de ofrecer esta facilidad adicional es Telefónica de España, S.A en su posición de operador dominante. Vodafone tiene el derecho opcional de ofrecerlo, lo que hará sujeto a las limitaciones técnicas y económicas existentes.
- *"Los proveedores que intervienen en llamadas mediante el establecimiento de una doble llamadas sin disponer de interconexión para el tránsito del mismo, están plenamente reconocidos y autorizados por nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que esta actividad supone que el CLI de origen no está comunicado al destinatario final". El Ministerio de Ciencia y Tecnología ha otorgado varias autorizaciones provisionales, por lo que FLAIRE entiende que "sería una clara contradicción con estas decisiones administrativas previas prohibir o impedir el uso de GSM-Gw e incumpliría los principios de neutralidad y no discriminación en el ejercicio de las potestades administrativas."*

En tercer lugar, la recurrente alega que "la CMT discrimina a FLAIRE en cuanto a la valoración de las alegaciones realizadas por las partes", al entender que *"la CMT invierte la carga de la prueba y dar por válidos hechos que ella misma reconoce que no son determinantes de la existencia de la supuesta actividad"* frente al tratamiento dado a las alegaciones realizadas por FLAIRE, que no han sido consideradas. Sin embargo, estima la recurrente, que salvo las alegaciones relativas a la existencia de un error en la facturación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VODAFONE, el resto de las alegaciones vertidas por dicha entidad *“difícilmente pueden ser probadas documentalmente sino que se deducen de la propia actuación de VODAFONE en todo el procedimiento y de la vaguedad de sus alegaciones y escasos argumentos técnicos”*. *“No es admisible que el regulador no analice todos los elementos presentes en el expediente, y se limite a aceptar, casi por completo, la postura que en beneficio a los intereses económicos del operador de telefonía móvil en régimen de oligopolio”*.

Por último, FLAIRE pone de manifiesto *“la inconsistencia de la diferenciación del uso de los GSM- Gw por particulares y empresas usuarias del servicio telefónico móvil o por operadores de servicios de telecomunicaciones «Gateway» ”*, de forma que la *“CMT no explica en ningún caso por qué los «importantes problemas» aparecen por la utilización de los GSM – Gw por operadores y no por particulares y empresas usuarios del servicio telefónico móvil”*.

3. Nulidad de pleno derecho de los pronunciamientos contenidos en el Fundamento de Derecho Segundo (punto 3.2), y Cuarto (bis) y Resuelve Segundo de la Resolución recurrida en lo que se refiere a la atribución de una supuesta actividad a la sociedad FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL S.L, que no ha participado en el expediente administrativo.

Al respecto, FLAIRE alega que *“la actuación de la CMT se ha extralimitado también al incluir en la denuncia a los servicios de inspección a una sociedad que no ha participado en el procedimiento y cuya única circunstancia es la similitud de su denominación social con Flaire y la coincidencia en ambas de las personas físicas que integran sus órganos de administración, y que no es sino la sociedad matriz”*. Según FLAIRE, en ningún momento esta sociedad es mencionada por los distintos escritos de VODAFONE y tampoco aporta la CMT indicio alguno que pueda hacer pensar que esta sociedad supuestamente preste servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto, a su juicio, ha de entenderse, que los puntos precitados son nulos de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en lo referente a las imputaciones realizadas a FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL S.L.

4. Solicitud de adopción por parte de la Comisión de medidas cautelares.

Mediante Otrosí, FLAIRE solicita que, *“sin perjuicio de la falta de competencias de la CMT para conocer sobre la cuestión relativa a la resolución unilateral del contrato entre VODAFONE Y FLAIRE y al amparo de lo previsto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril (...) se inste a VODAFONE ESPAÑA, S.A a que se abstenga de proceder a la resolución unilateral del contrato*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suscrito con FLAIRE TECHNOLOGY, S.L, mientras se sustancias las actuaciones previas que se instruirán en el expediente informativo por la Subdirección General de Inspección y supervisión de la Dirección General de Telecomunicaciones y tecnologías de la información incoado a instancia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante la resolución recurrida”

TERCERO. Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de julio de 2003 se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el 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). Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la LRJPAC, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 31 de julio de 2003 se dio traslado a VODAFONE del recurso de reposición interpuesto por FLAIRE para que alegase lo que estimase conveniente.

CUARTO. Con fecha 19 de agosto de 2003, VODAFONE presentó escrito de alegaciones oponiéndose a los motivos de impugnación formulados por la recurrente, solicitando la desestimación del recurso de reposición interpuesto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO. Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

El recurrente califica expresamente el escrito con fecha de entrada en esta Comisión el día 29 de julio de 2003 como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 19 de junio de 2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PREVIO. Naturaleza jurídica de los razonamientos obiter dicta y su reflejo en la legalidad de la Resolución recurrida.

Tal y como consta en el recurso de reposición que trae causa, FLAIRE viene a solicitar la declaración de nulidad de determinados pronunciamientos contenidos en los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la Resolución objeto del mismo, si bien la propia recurrente alega que *“el fallo de la Resolución que se recurre es conforme a derecho, habida cuenta que la Comisión desestima las peticiones de Vodafone en atención a su falta de competencia.”*

Como cuestión previa al resto de fundamentos jurídicos materiales, ha de señalarse que los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 19 de junio de 2003 cuya nulidad se pretende constituyen meros razonamientos obiter dicta de la misma sin eficacia vinculante alguna, no constituyendo en absoluto la ratio que fundamenta dicha resolución administrativa.

En efecto, las afirmaciones vertidas en los fundamentos jurídicos objeto del recurso interpuesto por FLAIRE, en la mayoría de los casos expresadas de modo condicional o de mera posibilidad, no vienen a sustentar la decisión administrativa adoptada ni en lo referente a la desestimación de la solicitud de intervención de VODAFONE, ni respecto de la comunicación a la Inspección de Telecomunicaciones de los indicios suficientes para considerar que la recurrente y Flaire Technology Internacional, S.L. puedan estar prestando servicios de telecomunicaciones sin estar en posesión del correspondiente título habilitante.

Por lo que se refiere a la primera decisión acordada en la Resolución recurrida, su ratio decidendi consta claramente expresada en el Fundamento de Derecho Tercero in fine, al concluir que quedó acreditado que la situación denunciada por VODAFONE no se produce en el ámbito de un acuerdo de interconexión, determinando la imposibilidad de que esta Comisión autorizase la desconexión de las interfaces denominadas GSM-Gateway.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la segunda decisión, la ratio del pronunciamiento consta debidamente reflejada en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución recurrida, apoyada en el artículo 1.Dos.2 m de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, puesto en relación con los artículos 7 y 79.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

En tal estado de cosas, resulta evidente que los razonamientos complementarios recogidos en los fundamentos jurídicos objeto de recurso tienen un mero carácter obiter dicta, como queda dicho, en lo que se refiere a las relaciones contractuales entre FLAIRE y VODAFONE, los posibles incumplimientos de las obligaciones de los abonados al servicio telefónico móvil disponible al público, las valoraciones en cuanto al uso de los GSM-Gw y los niveles de calidad del servicio e identificación de línea llamante.

La distinción de la naturaleza jurídica de los razonamientos obiter dicta con respecto a la ratio que fundamenta la resolución administrativa está reconocida sobradamente tanto por la doctrina como por resoluciones de órganos judiciales o constitucionales. A modo de ejemplo, cumple citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 256/2000, de 30 de octubre de 2000, en cuyo fundamento jurídico segundo se sostiene que:

“En cualquier caso, hemos afirmado también en diversas Sentencias, ya sea como mero obiter dicta sin trascendencia en el fallo, ya como ratio decidendi del mismo, que para que pueda considerarse, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, que una resolución judicial está razonada en Derecho es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, irrazonable o incurra en error patente.”

Asimismo, la nula trascendencia que este tipo de razonamientos tiene sobre la legalidad de la Resolución recurrida también aparece abundantemente reflejada en resoluciones judiciales, ello con independencia de que la propia recurrente afirme en su recurso, como queda dicho, que “*el fallo de la Resolución que se recurre es conforme a derecho*” (página 7 del recurso interpuesto por FLAIRE), lo que ya de por sí haría innecesario cualquier otro análisis al respecto. A título de ejemplo, se cita aquí la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de julio de 2000, la cual sostiene en su fundamento jurídico cuarto que:

“Con arreglo a lo expuesto, debe señalarse la ausencia de los requisitos determinantes del éxito de la acción interesada al confundirse con la indemnizatoria y la falta de apoyo de la presente en el auto de 21 de octubre de 1997, referido a esta última y que en todo caso es un puro obiter dictum sin eficacia vinculante, puesto que expresamente declara ser la posible indemnización de perjuicios un problema ajeno a los límites de la ejecución de sentencia, en el que fue dictado.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la misma línea, la Sentencia 16/1995 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de mayo de 1995, afirma en su Fundamento de Derecho Tercero que:

“El razonamiento es obiter o ex abundantia, y por lo tanto excluido de la casación, porque como declaran, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 27 de octubre de 1994, este recurso no se da contra los obiter dicta, los razonamientos a mayor abundamiento o complementarios, o para eventos hipotéticos, o que no constituyan la ratio decidendi, pues los motivos han de referirse a fundamentos jurídicos con trascendencia en el fallo.”

En consecuencia, cabe concluir en lo que aquí interesa que la pretensión de nulidad esgrimida por la recurrente respecto de determinados razonamientos incorporados a los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto en nada puede afectar a la legalidad de la Resolución recurrida. Pues bien, considerando que el artículo 107.1 de la LRJPAC únicamente contempla la interposición del recurso potestativo de reposición contra resoluciones o determinados actos de trámite fundándose en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad que pudieran afectar a la parte resolutoria, pero en ningún caso contra razonamientos obiter dicta, procede inadmitir el recurso interpuesto por FLAIRE en lo que respecta a los fundamentos jurídicos expresados.

Igualmente y por razones obvias, ha de inadmitirse la pretensión de conservación del fallo de la resolución impugnada instada al amparo del artículo 66 de la LRJPAC, sin dejar de poner de manifiesto la contradicción existente en la argumentación de la recurrente, como queda dicho.

PRIMERO. Contestación a las alegaciones de FLAIRE sobre determinado contenido de los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la Resolución recurrida.

Sin perjuicio de la inadmisión de la pretensión de FLAIRE respecto de la nulidad de determinado contenido de los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la Resolución recurrida por las razones expuestas, se procede a continuación a contestar a las alegaciones de la recurrente en lo referente a su contenido material.

A. Sobre la supuesta indefensión de la recurrente como consecuencia de la falta de motivación suficiente de la Resolución y valoración mínima de los elementos fácticos y jurídicos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto ha de señalarse que es incierta la alegación de la recurrente según la cual esta Comisión, a pesar de reconocer su falta de competencia para conocer del asunto, habría entrado a valorar el fondo del mismo.

Efectivamente, no está ajustado a la realidad sostener que esta Comisión ha declarado su falta de competencia para entrar a conocer del conflicto planteado, ya que el mismo se planteó como un conflicto de interconexión. Lo que los fundamentos manifiestan es que, una vez analizada la solicitud de intervención y tramitado el procedimiento, se llegó a la convicción de su falta de competencia para acceder a las medidas solicitadas por VODAFONE pero que, no obstante, ha encontrado elementos de juicio suficientes para el ejercicio de otras funciones que tiene legalmente establecidas, como es la de denunciar ante la Inspección de Telecomunicaciones las conductas contrarias a la normativa de telecomunicaciones, cuando no le corresponde a ella el ejercicio de la potestad sancionadora.

Evidentemente, para llegar a tal convicción es imprescindible entrar a conocer y analizar el fondo del problema suscitado, en la medida que ello sea necesario para comprobar si se es competente o no para dictar una resolución que resuelva el conflicto. Para ello, esta Comisión ha tenido que estudiar los argumentos esgrimidos por las partes y, por lo tanto, ha tenido que analizar las prácticas denunciadas por VODAFONE, el alcance de las mismas y las explicaciones aportadas por FLAIRE, ejercicio que se realiza, básicamente, en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución impugnada.

La recurrente manifiesta su oposición a que algunas manifestaciones vertidas en los fundamentos de derecho impugnados tienen un efecto perjudicial para ella y para otros interesados. A este respecto cabe significar que el efecto perjudicial, de producirse, no se derivaría de la Resolución impugnada, sino de la propia actividad de la recurrente y de los otros interesados aludidos por ella. Ello es así porque en la propia Resolución no se adopta medida alguna contra la recurrente, sino que se limita a constatar unos hechos y a significar que de ellos no se deriva la posibilidad de que esta Comisión adopte la medida solicitada por VODAFONE, sino otra distinta, esto es, la de poner en conocimiento de la Inspección de Telecomunicaciones la posibilidad de que se estén prestando servicios de telecomunicaciones sin contar con el correspondiente título habilitante.

Será el órgano competente el que, analizada la cuestión, decida si adopta o no medidas contra la recurrente. De igual forma, serán el o los órganos competentes en la materia los que deberán decidir si procede o no adoptar medidas en cuanto a la relación contractual que une al operador del servicio telefónico con FLAIRE, como usuaria de tal servicio, sin que la Resolución ahora recurrida sea en absoluto vinculante para dichos órganos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a la quiebra del principio de tutela judicial efectiva o su aplicación analógica al procedimiento administrativo esgrimida por la recurrente, es preciso indicar que el procedimiento ha seguido fielmente lo preceptuado en la normativa reguladora del mismo (esencialmente la LRJPAC), tal y como se deriva del examen de los documentos y de los actos de instrucción contenidos en el procedimiento administrativo en cuyo seno se dictó la Resolución objeto del recurso interpuesto.

En lo referente a que esta Comisión ha conculcado la garantía relativa a que la resolución incluya la motivación adecuada, es preciso hacer de nuevo mención a la incongruencia del recurso al solicitar, por un lado, la eliminación de determinada parte de la argumentación jurídica de la Resolución con conservación de la parte resolutive y, por otro lado, al tachar a la misma de falta de motivación adecuada. En definitiva, no existe la indefensión alegada por la recurrente.

En el punto 2.1.1 de esta alegación, la recurrente manifiesta que esta Comisión no explica cómo llega a la conclusión de que existe un incumplimiento por parte de VODAFONE de sus obligaciones en cuanto a los niveles de calidad del servicio. Frente a esta alegación, en principio hay que significar que la Resolución no llega a tal conclusión, sino que lo que hace es indicar que la utilización de los GSM-Gw para terminar tráfico originado en redes públicas de terceros operadores puede acarrear importantes problemas en cuanto a la calidad del servicio telefónico y otras obligaciones de los operadores del citado servicio.

Al respecto ha de destacarse que el escrito de alegaciones de VODAFONE al recurso interpuesto, de fecha 19 de agosto de 2003, viene a detallar las diferencias que, a su juicio, se producen en el tratamiento de las llamadas según las mismas sean gestionadas por operadores de telecomunicaciones o participe lo que denomina un operador GSM-Gw, así como el impacto de la participación de estos agentes en el funcionamiento de la red móvil, en lo referente a congestión de la red de acceso radio, presentación de la identificación de línea llamante, interoperabilidad de los servicios de itinerancia, disminución de la calidad de las llamadas por retardo y cumplimiento de las obligaciones regulatorias del operador móvil.

Lo que sí parece deducirse de las propias alegaciones de la recurrente es que esta Comisión no ha errado al concluir que de las actuaciones habidas en el procedimiento, resultan indicios suficientes para entender que la entidad ahora recurrente puede estar realizando actividades que quedarían encuadradas dentro de lo que la Ley General de Telecomunicaciones define como un servicio de telecomunicaciones y que lo está realizando sin título habilitante. Esto es, en esta alegación la recurrente pretende demostrar que esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no ha valorado convenientemente los efectos negativos para el servicio telefónico del uso del GSM-Gw para terminar tráfico originado en redes públicas de terceros y trata de argumentar que no es cierto que se produzcan los efectos negativos que la Resolución sólo se limita a apuntar obiter dicta, cuando la cuestión que realmente se dilucida en la Resolución es que esta Comisión no resulta competente para resolver la denuncia formulada por VODAFONE, ya que el conflicto no es de interconexión de redes sino de relaciones entre un operador del servicio telefónico y un usuario del mismo.

La misma argumentación es aplicable a la alegación consistente en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no valora correctamente las implicaciones del establecimiento de una doble llamada a través del GSM-Gw para la información sobre la identidad de la línea llamante, ni motiva el incumplimiento de normas aplicables a los servicios de VODAFONE.

En cuanto a la alegación contenida en el punto 2.1.3 del recurso interpuesto, únicamente indicar que para los efectos de la Resolución impugnada no es necesario que esta Comisión explique en qué consiste el supuesto incumplimiento del contrato entre FLAIRE y VODAFONE, ya que no resuelve nada sobre el citado contrato, como es obvio. Lo único que se limita a apuntar al respecto es la advertencia a la entidad solicitante de su derecho a reclamar ante otras instancias distintas a esta Comisión.

B. Sobre la pretendida apreciación incorrecta de la normativa aplicable sobre calidad de servicio e identificación de la línea llamante y contradicción de resoluciones anteriores.

En esta alegación, la representación legal de FLAIRE vuelve a incidir sobre la falta de argumentación en cuanto a las manifestaciones de la Resolución sobre la posibilidad de que el uso del GSM-Gw para terminar llamadas originadas en redes de terceros pueda afectar a la calidad del servicio telefónico y otras obligaciones del operador del citado servicio, por lo que nos remitimos a lo expresado anteriormente, en aras de la brevedad y considerando que el recurso interpuesto ha de resolverse en términos de análisis estricto de la legalidad de la Resolución recurrida, sin entrar en otras cuestiones ajenas a dicho objeto.

C. Sobre la pretendida discriminación a FLAIRE en cuanto a la valoración de las alegaciones realizadas por las partes.

Antes de entrar a analizar esta alegación conviene recordar que la recurrente, en una alegación anterior, acusa a esta Comisión de haber quebrado el principio de tutela efectiva. Sin embargo, en manifiesta contradicción reconoce



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ahora expresamente que ha tenido la oportunidad de presentar alegaciones en el procedimiento del que trae causa la Resolución impugnada.

Pues bien, resulta de todo punto inadmisibile la acusación de discriminación en cuanto a la valoración de las alegaciones realizadas por las partes. No existe la inversión de la carga de la prueba alegada, ya que si bien es cierto que la Resolución se refiere a que frente a una alegación formulada por VODAFONE relativa a la existencia de prácticas de operador Gateway por FLAIRE no haya desvirtuación alguna por parte de la segunda, esto no quiere decir que la Resolución dé por buena la alegación de VODAFONE, sino que la no desvirtuación por parte de FLAIRE coadyuvó a sostener la existencia de indicios de tales prácticas, sin dar por probado que las mismas existan.

Lo anterior no puede ser invocado ahora por la recurrente para impugnar el argumento de la Resolución según el cual las afirmaciones de FLAIRE no vienen acompañadas de documento alguno que la acredite. Lo que quedó claro en el procedimiento incoado es que la documentación aportada por VODAFONE sirvió, al menos, para señalar que existen indicios de que se están produciendo las prácticas que han sido denunciadas a la Inspección de Telecomunicaciones.

D. Sobre la inconsistencia de la diferenciación del uso de los GSM-Gw por particulares y empresas usuarias del servicio telefónico móvil o por operadores de servicios telecomunicaciones "Gateway".

En esta alegación la recurrente no viene sino a dar la razón a esta Comisión sobre la existencia de indicios suficientes para pensar que el uso que FLAIRE estaba haciendo de las pasarelas GSM-Gw no es el propio de un particular o una empresa usuaria del servicio telefónico móvil, sino el de un operador de servicio de telecomunicaciones "Gateway" y que, por lo tanto, no corresponde a esta Comisión adoptar las medidas solicitadas por VODAFONE, sin perjuicio del ejercicio de su función de comunicar los hechos a la Inspección de Telecomunicaciones, como ya hemos indicado.

Analizada esta alegación se llega a la conclusión que la recurrente está aceptando que utiliza las pasarelas GSM-Gw como medio alternativo a la interconexión para terminar llamadas de redes de terceros en la red de VODAFONE, cuestión que no desvirtúa en absoluto la legalidad de la Resolución recurrida.

En conclusión, ninguna de las alegaciones de FLAIRE en relación con las cuestiones examinadas en este fundamento permitiría estimar causa alguna de nulidad o anulabilidad de la Resolución recurrida, por las razones expuestas y con abstracción de la inadmisión del recurso en este aspecto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Sobre el motivo de impugnación tercero relativo a la nulidad de pleno derecho de los pronunciamientos contenidos en el Fundamento de Derecho Segundo (punto 3.2) y Cuarto (bis), y Resuelve Segundo de la Resolución recurrida, al amparo del artículo 62.1.e) de la LRJPAC, en lo que se refiere a la atribución de una supuesta actividad a la sociedad FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., que no ha participado en el expediente administrativo.

FLAIRE solicita en el recurso interpuesto que, junto a la declaración de nulidad de los pronunciamientos citados en el anterior fundamento, se declare asimismo la nulidad de los contenidos en el Fundamento de Derecho Segundo (punto 3.2) y Cuarto (bis), así como en el segundo apartado de la Resolución recurrida, al amparo del artículo 62.1.e) de la LRJPAC, en lo que se refiere a la atribución de una supuesta actividad a la sociedad FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., que no ha participado en el expediente administrativo.

Antes de analizar la legalidad de la Resolución de 19 de junio de 2003 en este aspecto a la luz de las alegaciones de la recurrente, ha de precisarse que procede admitir a trámite el recurso en lo referente exclusivamente a la supuesta nulidad del segundo apartado de dicha Resolución por la inclusión de la entidad FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., considerando que lo aquí recurrido no constituye evidentemente un mero pronunciamiento obiter dicta, tal y como se ha señalado respecto del resto de pretensiones en los fundamentos anteriores.

Ello, obviando la cuestión formal de que el recurso ha sido interpuesto en representación de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. y no en representación de FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., razón por la cual, en principio, habría de inadmitirse la pretensión de nulidad que nos ocupa, al no constar en el recurso la representación legal de esta segunda entidad, con infracción del artículo 32.3 de la LRJPAC. No obstante, considerando que en el procedimiento administrativo RO 2003/300 en cuyo seno se dictó la Resolución ahora recurrida, se llevó a cabo una labor de instrucción sobre información societaria utilizando datos obtenidos del Registro Mercantil Central, resultando que el domicilio de notificaciones de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. coincide con el domicilio social de FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., coincidiendo igualmente las personas físicas componentes del órgano de administración y los administradores de ambas entidades, se concluye con la admisión a trámite del recurso en lo relativo a la pretensión de nulidad del segundo apartado de la Resolución recurrida, en lo que se refiere a la atribución de una supuesta actividad a la sociedad FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L..



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al respecto, esta Comisión no puede dejar de destacar la evidente contradicción existente en la pretensión de nulidad de la representación legal de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. con respecto a la inclusión de FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L. en el segundo apartado de la Resolución recurrida, argumentando que esta segunda entidad *“no ha tenido conocimiento de la iniciación del procedimiento por la CMT, ni de su derecho a aducir alegaciones según lo establecido en el artículo 79 de la LRJPAC, ni se le ha dado trámite de audiencia ni comunicado la resolución recaída sobre el expediente.”* Cabría preguntarse, entonces, por las razones en virtud de las cuales la representación legal de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. viene a recurrir un apartado de la Resolución en lo que afecta exclusivamente a FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L.

Pues bien, admitiendo a trámite la manifestada pretensión de nulidad de FLAIRE respecto del segundo apartado de la Resolución recurrida y entrando en el fondo de la misma, basta con indicar que esta Comisión no ha hecho otra cosa que cumplir con su obligación de denunciar ante los servicios de Inspección de Telecomunicaciones los indicios de una supuesta conducta contraria a la ordenación de las telecomunicaciones, de la que ha tenido conocimiento y sobre la que no le corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora, en estricta observancia tanto del artículo 1.Dos.2 m de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, como de los artículos 7 y 79.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Para realizar la denuncia no resulta preceptiva la incoación de expediente administrativo alguno, según se deriva del artículo 27.1 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y del concepto que de dicho acto ofrece el artículo 11.1 d) del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Por lo tanto esta Comisión, al haber tenido conocimiento incidental de la posibilidad de la existencia de tales conductas por parte de FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., aunque sea a través de un procedimiento en el que el denunciado no ha sido parte, no podía hacer otra cosa que incluir a esta entidad en la denuncia ante la Inspección de Telecomunicaciones. Procede, en consecuencia, desestimar la alegación de FLAIRE respecto de la nulidad del segundo apartado de la Resolución recurrida.

TERCERO. Sobre la solicitud de adopción de medida cautelar por la que se inste a VODAFONE a no resolver unilateralmente el contrato suscrito con FLAIRE.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la medida cautelar solicitada por la recurrente en el sentido de instar a VODAFONE a que se abstenga de proceder a la resolución unilateral del contrato suscrito con FLAIRE mientras se sustancian las actuaciones previas que se instruirán en el expediente informativo por la Subdirección General de Inspección y Supervisión de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, es preciso señalar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no resulta competente para acordar la misma, conforme lo dispuesto en el artículo 1.Seis de la Ley 12/1997, de 24 de abril.

En efecto, dicho apartado establece la posibilidad de que esta Comisión adopte las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el ejercicio de sus funciones. Como es obvio, la instrucción de las citadas actuaciones previas no se corresponde con las funciones atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el ordenamiento en vigor, razón por la cual ha de desestimarse la solicitud de FLAIRE.

A mayor abundamiento, el contenido material de la medida provisional instada por FLAIRE respecto del contrato que dicha entidad tiene suscrito con VODAFONE para la prestación del servicio de telefonía móvil, no corresponde con el ámbito de competencias de esta Comisión, tal y como ya quedó puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho Cuarto in fine de la Resolución recurrida. Al respecto no puede dejarse de señalar que la propia entidad recurrente sostiene en su recurso (página 6, mayúscula, subrayado y negrita original) lo siguiente, poniendo de manifiesto, una vez más, la incongruencia y contradicción existente en las pretensiones de FLAIRE:

“En cualquier caso, NO CORRESPONDE A ESTA COMISIÓN CONOCER SOBRE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ENTRE VODAFONE Y FLAIRE.”

Procede, en consecuencia, desestimar la solicitud de adopción de medidas cautelares interesada por la recurrente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. en lo que se refiere a los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto del Acuerdo de fecha 19 de junio de 2003 relativo la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A., sobre la adopción de determinadas medidas para evitar la utilización de interfaces de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cliente para conectar otras redes a la suya en sustitución del servicio de interconexión.

SEGUNDO. Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. respecto del resuelve segundo, en lo relativo a FLAIRE TECHNOLOGY INTERNACIONAL, S.L., del Acuerdo de fecha 19 de junio de 2003 sobre la solicitud de VODAFONE ESPAÑA, S.A., sobre la adopción de determinadas medidas para evitar la utilización de interfaces de cliente para conectar otras redes a la suya en sustitución del servicio de interconexión, confirmando íntegramente el mismo.

TERCERO. Desestimar la solicitud de adopción de medida cautelar incorporada por la representación legal de FLAIRE TECHNOLOGY, S.L. al recurso interpuesto.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real