



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 6 de febrero 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 AIRTEL MÓVIL, S.A. EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 12 DE DICIEMBRE DE 2002, RELATIVO AL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE AIRTEL MÓVIL, S.A. Y ABBLA MOBILE, S.A.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por AIRTEL MÓVIL S.A. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativa la conflicto de acceso entre Airtel Móvil, S.A. y Abbla Mobile, S.A., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 05/03, la siguiente Resolución:

Resolución de 6 de febrero de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/0057

HECHOS

PRIMERO. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión de 12 de diciembre de 2002, dictó Resolución por la que se puso fin al expediente RO 2002/7056 relativo al conflicto de acceso suscitado entre AIRTEL MÓVIL, S.A. (en adelante, AIRTEL) y ABBLA MOBILE, S.A. (en adelante, ABBLA), iniciado como consecuencia de la solicitud de intervención de esta Comisión por las restricciones impuestas por AIRTEL a ABBLA para el acceso a su red y a los demás servicios pactados en el correspondiente contrato entre las dos entidades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los puntos esenciales del Acuerdo de la citada Resolución son los siguientes:

- Se obliga a AIRTEL a prestar sin restricción alguna el servicio telefónico móvil a ABBLA en las condiciones establecidas en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL firmado el 11 de abril de 2000 existente entre las partes (en adelante, el Acuerdo) de conformidad con la interpretación de dicho Acuerdo contenida en la Resolución.
- Se faculta a ABBLA y a AIRTEL 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 y ABBLA inferida a partir de la interpretación del Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000, realizada en la Resolución y de las actuaciones realizadas por las partes como complemento de la relación contractual escrita.
- En caso de que alguna de las partes ejercite la facultad mencionada anteriormente, AIRTEL y ABBLA 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.

SEGUNDO. Con fecha 10 de enero de 2003 se recibió en esta Comisión escrito presentado por Don Leopoldo Calvo-Sotelo, por medio del cual interpone, en nombre y representación de la entidad AIRTEL, recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se refiere el antecedente anterior.

La recurrente fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones:

1. La Resolución de 12 de diciembre de 2002 es nula de pleno derecho por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, de conformidad con el artículo 62.1.b) 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 (en adelante, LRJPAC).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. La Resolución de 12 de diciembre de 2002 es nula de pleno derecho por haber sido dictada en vulneración de las normas legales de atribución de competencias, de conformidad con el artículo 62.2. de la LRJPAC.

Así señala la recurrente:

“Ni la calificación del Acuerdo ni la de la controversia ha sido una cuestión pacífica. Sin embargo (...) bajo cualquiera de las hipótesis que se han barajado, esa Comisión carece de las competencias necesarias para resolver la controversia planteada por ABBLA.

(...) la calificación de la controversia como conflicto de acceso resulta claramente un intento artificial de provocar la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (...).

En conclusión, las normas competenciales citadas por esa Comisión en su Resolución de 12 de diciembre limitan la atribución de competencia para resolver los conflictos que puedan surgir al ámbito de la interconexión y del acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, quedando excluida por tanto de las competencias de esa Comisión, la resolución de conflictos que pudieran surgir sobre la interpretación de acuerdos de acceso a los servicios de telecomunicaciones. Al resolver el denominado “conflicto de acceso a los servicios de telecomunicaciones”, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha extralimitado en sus competencias, invadiendo las competencias que le han sido otorgadas a otros órganos”.

3. La Resolución de 12 de diciembre de 2002 es nula de pleno derecho puesto que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fundamenta su competencia en una interpretación contra legem contraria al principio constitucional de libertad de empresa, del concepto de “acceso”, señalando al efecto la recurrente:

“Afirmar, como hace esta Comisión que el concepto de acceso no se encuentra restringido a lo establecido, literal, sistemática y teleológicamente, en la norma, equivale a arrogarse competencias prácticamente ilimitadas en cualquier tipo de contrato de telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La intervención regulatoria es una excepción al principio constitucional de libertad empresarial y, por tanto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva”

4. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha realizado una interpretación del contrato contraria a la literalidad de los términos del acuerdo sobre la base de unos criterios históricos y lógicos que no justifican suficientemente apartarse de la literalidad del acuerdo.

En este sentido, en opinión de Airtel, la definición de la naturaleza del contrato por parte de la Comisión *“ha venido mediatizada por la voluntad de ésta de impulsar la reventa de los servicios telefónicos móviles en el mercado español”*.

Así, afirma la citada entidad que *“existen un elevado número de evidencias que prueban que el contrato que Vodafone firmó con Abbla en abril de 2000 es, de acuerdo con la literalidad del mismo, un contrato para la prestación del servicio telefónico móvil a un cliente empresarial”*.

La entidad recurrente, tras solicitar la admisión del recurso a trámite, pide que se declare la nulidad de la Resolución de 12 de diciembre de 2002.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 15 de enero de 2003 se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la 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 15 de enero de 2003 se dio traslado a ABBLA del recurso de reposición interpuesto por AIRTEL para que alegase lo que estimase conveniente.

CUARTO. Con fecha 27 de enero de 2003 ha tenido entrada en el registro de esta Comisión, dentro del plazo de 10 días otorgado al efecto por esta Comisión, escrito de alegaciones de ABBLA.

En el citado escrito de alegaciones ABBLA expone básicamente lo siguiente:

Con relación a la competencia de esta Comisión sobre el conflicto planteado, ABBLA señala que *“AIRTEL sí admite, según la literalidad de la segunda de las afirmaciones, la competencia de la CMT para resolver conflictos que surjan entre operadores en relación a la celebración, interpretación y ejecución de los*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

acuerdos de Acceso, sin perjuicio de que AIRTEL limite erróneamente el concepto de "acceso" a la red pública de telecomunicaciones, entendida ésta en su sentido más estricto y por tanto puramente "físico.

....

Por tanto, y como la propia AIRTEL reconoce, la CMT es competente para resolver el conflicto planteado pro ABBLA por tratarse de un conflicto derivado de la interpretación y ejecución de un acuerdo de acceso entre operadores al ser calificado el Acuerdo firmado el 11 de abril de 2000 como contrato de reventa del servicio telefónico móvil."

En relación con el concepto de "acceso a los servicios", ABBLA reitera los artículos de la Directiva de Acceso mencionados en la propuesta de resolución enviada a audiencia, a fin de corroborar la competencia de la CMT sobre la materia.

Sobre la calificación del contrato suscrito con AIRTEL como acuerdo de reventa, la operadora señala que *"AIRTEL pretende mantener la ficción de que cuando se firman los acuerdos de abril de 2000 estaba suscribiendo un contrato en la modalidad de Empresa y que sólo pasados unos meses, en octubre de 2000, tuvo conocimiento de que, según sus palabras, ABBLA estaba desvirtuando el objeto del contrato, razón por la cual procedió a denegar nuevas altas y a suspender tanto la entrega de terminales como la entrega de tarjetas SIM".*

No obstante, ABBLA considera que de las actuaciones de AIRTEL, tanto anteriores como posteriores a octubre de 2000, se deduce que conocía y consentía la relación comercial como un contrato de reventa del servicio telefónico. A estos efectos, ABBLA hace mención a diversos documentos, ya aportados en el expediente RO 2003/7056, que acreditaban tal afirmación. Por último, ABBLA estima que la actuación de AIRTEL negando la verdadera naturaleza del contrato, constituye un clarísimo *"abuso de derecho, puesto que ha venido actuando contra sus propios actos con un ánimo dolosamente incumplidor"*, apoyando su tesis en diversas sentencias del Tribunal Supremo relativas al citado principio de que *"nadie puede ir contra sus propios actos"*.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 su escrito, con fecha de entrada en esta Comisión de 10 de enero de 2003, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones 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, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 12 de diciembre de 2003.

Segundo.- Competencia y plazo 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.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO. Sobre la impugnación de la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver la cuestión planteada por ABBLA y las causas de nulidad previstas en los artículos 62.1.b) y 62.2. de la LRJPAC.

1.- Consideraciones generales

En el Recurso de reposición objeto del presente informe la recurrente ha puesto de manifiesto que la Resolución de 12 diciembre de 2002 incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.b) de la LRJPAC *“al haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente”* y en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2. LRJPAC *“al haberse dictado en vulneración de las normas legales de atribución de competencias”*..

Por tanto, la recurrente fundamenta la afirmación arriba reproducida y, en consecuencia, la falta de competencia de esta Comisión para la resolución del conflicto surgido entre AIRTEL y ABBLA, en su extralimitación en el ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas en materia de resolución de conflictos de acceso, extralimitación que, según la recurrente, tiene su origen en:

- (i) La interpretación del concepto de “acceso” al que se refiere el artículo 25 de la LGTel que sirve de fundamento a la habilitación de esta Comisión para resolver el conflicto surgido entre AIRTEL y ABBLA, en un sentido amplio al considerar que dicho acceso se refiere al acceso a redes y al acceso a los servicios prestados a través de dichas redes.
- (ii) La calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil, partiendo de la mencionada consideración del concepto de “acceso” en su sentido amplio, entendiendo que dicho acceso se refiere a acceso a redes y acceso a servicios; y
- (iii) La calificación de las divergencias surgidas entre AIRTEL y ABBLA en relación con dicho Acuerdo como un conflicto de acceso al servicio telefónico móvil prestado por AIRTEL derivada de la consideración del Acuerdo como un acuerdo de acceso y, en consecuencia, el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reconocimiento de la habilitación competencial de esta Comisión para su resolución.

2.- Sobre el concepto de acceso.

Con respecto al concepto de acceso, la recurrente considera que el término “acceso” incluido en el artículo 25 de la 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) se limita exclusivamente al “acceso a redes” y considera que dicho acceso a las redes es “*un subconjunto de la interconexión que implica, según la definición de ésta, la conexión física y funcional de dos redes públicas de telecomunicaciones*”. En este mismo sentido, AIRTEL manifiesta que esta Comisión se aparta de “*lo establecido literal, sistemática y teleológicamente en la norma*” al considerar el término acceso como acceso a redes y acceso a servicios.

Es necesario recordar en este punto que el término acceso contenido en el artículo 25 de la LGTel y que faculta a esta Comisión para la resolución de los conflictos de acceso no se limita exclusivamente 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 a través de dichas redes, sin que para ello sea necesario que el solicitante del acceso utilice elementos físicos de conexión a la red.

Esta postura viene confirmada por 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 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, Reglamento de Servicio Universal). La mención al Reglamento de Servicio Universal realizada en la Resolución tiene por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

objeto reafirmar el concepto amplio de acceso sostenido por esta Comisión como acceso a redes y acceso a servicios y no pretende, tal y como afirma AIRTEL *“la aplicación de esta norma a empresas que se dedican a la actividad de la reventa y que, por tanto, no son usuarios en el sentido de consumidores finales (únicos sujetos a los que otorgan derechos estas disposiciones del Reglamento del Servicio Universal)”*. El mencionado artículo 7.1. 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 interpretación del concepto de acceso como acceso a redes y a los servicios prestados a través de dichas redes, 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...”

En este sentido, como respuesta a las alegaciones de AIRTEL que consideran que el acceso implica una conexión física -en el presente supuesto de la red de ABBLA a la red de AIRTEL- y las que estiman que la interpretación realizada por esta Comisión del concepto de acceso se aparta de *“lo establecido, literal, sistemática y teleológicamente, en la norma”*, es necesario mencionar que la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) traspuesta al Derecho español en la LGTel¹ y en el citado Reglamento de Interconexión² ya recoge un concepto

¹ Así lo establece el párrafo sexto de la Exposición de Motivos de la LGTel: *“El texto de la Ley incorpora los criterios establecidos en las disposiciones comunitarias vigentes o en proyecto principalmente los contenidos en (...) la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

amplio de acceso como acceso a redes y acceso a servicios. Así queda reflejado en el Considerando (1) de dicha Directiva:

(1) Considerando que, a partir del 1 de enero de 1998, con períodos de transición para determinados Estados miembros, quedará liberalizada la oferta de servicios y de infraestructura de telecomunicaciones en la Comunidad; que la Resolución (...) reconoce que para fomentar unos servicios de telecomunicación de alcance comunitario es preciso garantizar la interconexión de las redes públicas y, en el futuro entorno competitivo, la interconexión entre los diferentes operadores nacionales y comunitarios; que la Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones (5) establece principios armonizados en materia de apertura y eficacia en el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y, cuando proceda, a los servicios a disposición del público, así como en lo relativo a su uso.

y en su Considerando (13),

13) Considerando que, de conformidad con la Directiva 90/387/CEE, los requisitos esenciales que justifican la restricción del acceso a las redes o servicios públicos de telecomunicación y el uso de los mismos se limitan a (...).

y en su artículo 1,

"La presente Directiva establece un marco reglamentario para garantizar en la Comunidad la interconexión de las redes de telecomunicaciones y, en particular, la interoperabilidad de los servicios, y para asegurar la prestación de un servicio universal en el contexto de unos mercados abiertos y competitivos.

Tiene por objeto la armonización de las condiciones necesarias para una interconexión abierta y eficaz a las redes públicas de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones accesibles al público, y para el acceso a tales redes y servicios".

y en su artículo 9,

1. Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán y garantizarán una interconexión adecuada en interés de todos los usuarios, y desempeñarán sus cometidos con vistas a obtener el máximo rendimiento económico y alcanzar el máximo beneficio para los usuarios finales.

En particular, las autoridades nacionales de reglamentación tendrán en cuenta:
- (...)

telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)"

² El Reglamento de Interconexión establece en el párrafo tercero de su Exposición de Motivos: "En este Real Decreto se desarrollan las normas de la Ley General de Telecomunicaciones en materia de interconexión y numeración, incorporando al Derecho español el contenido de las Directivas comunitarias, en especial la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)"



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La **necesidad de promover** el establecimiento y el desarrollo de las redes y servicios transeuropeos, la interconexión de las redes nacionales y la interoperabilidad de los servicios, así como **el acceso a** dichas redes y **servicios**,

y en su artículo 10:

“a) Seguridad en el funcionamiento de la red: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento del **acceso** a las redes públicas de telecomunicaciones y **a los servicios de telecomunicaciones** accesibles al público.”

Por su parte, la Directiva 90/387/CE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, a la que se refiere la Directiva 97/33/CE ya mencionada y cuyos criterios están incorporados a la LGTel³, **recoge asimismo un concepto amplio de acceso** en el sentido que aquí se viene apuntando. Así se puede apreciar en su Considerando (6)

(6) Considerando que las condiciones de la oferta de red abierta deben respetar ciertos principios y no restringir el **acceso a** las redes y **servicios** salvo por razones de interés público general denominados en lo sucesivo «requisitos esenciales»;

y en su artículo 1

“1. La presente Directiva tiene por objeto la armonización de las **condiciones de acceso** y de utilización abiertas y eficaces de las redes públicas de telecomunicaciones y, en su caso, **de servicios públicos de telecomunicaciones**”.

Y en su artículo 3

“2. Las condiciones de oferta de red abierta no deberán restringir el **acceso a** las redes o **servicios** públicos de telecomunicaciones, salvo por razones basadas en requisitos esenciales, en el marco del Derecho comunitario”

La misma tendencia a considerar el concepto de acceso como un concepto amplio que incluya acceso a redes y a servicios, es confirmada por el nuevo marco regulatorio europeo⁴ en el sector de las telecomunicaciones.

³ Véase el párrafo sexto de la Exposición de Motivos de la LGTel.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, el nuevo marco regulatorio europeo recoge la interpretación del concepto de acceso en un sentido amplio 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"*.

En consecuencia, de conformidad con los precedentes del Derecho Comunitario Europeo antes citados, entre los cuales se encuentra la Directiva 97/33/CE traspuesta al Derecho español en la vigente LGTel y en el Reglamento de Interconexión al que hace referencia AIRTEL, relativos a la determinación del concepto de acceso, se puede observar que dicho concepto engloba acceso a redes y acceso a servicios y en consecuencia, la adopción de este criterio en ningún caso se aparta del sentido teleológico de la LGTel, del Reglamento de Interconexión y de las normas europeas incorporadas a estos cuerpos legales, sino que viene a confirmarlo.

Asimismo, el concepto amplio de acceso como acceso a redes y acceso a servicios se reafirma en el nuevo marco regulatorio europeo y, en particular, en la reciente Directiva 2002/19/CE (Directiva de Acceso).

Estos supuestos son de aplicación directa al caso concreto que nos afecta, esto es, de acuerdo con lo analizado en el expediente de referencia (RO 2002/7056), mediante el contrato de 11 de abril de 2000, AIRTEL proporcionó un acceso a ABBLA a su red, a fin de que ésta prestara un determinado servicio, el de reventa del servicio telefónico móvil a sus clientes.

De acuerdo con lo anterior, en ningún caso la interpretación del concepto de acceso realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones *"es contraria al Ordenamiento jurídico en general"* ni *"intrusiva de las competencias atribuidas legalmente a otros órganos del Estado"* ni *"contraria a la literalidad y al espíritu de las normas sectoriales en un intento de justificar la intervención de esa Comisión en una materia en la que no tiene competencias"*, sino que está

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 electrónica 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ajustada a Derecho y, en particular, al artículo 3.1. del Código Civil referente a la interpretación de las normas que establece:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”

Como ya se ha podido apreciar, la consideración del concepto de acceso, incluido en la LGTel y en el Reglamento de Interconexión, como acceso a redes y acceso a los servicios prestados a través de dichas redes, realizada por esta Comisión en su Resolución de 12 de diciembre de 2002,

- (i) Es coherente con la trayectoria seguida en este aspecto por el Derecho Comunitario Europeo viniendo a confirmar la misma y, por tanto, es acorde con *“los antecedentes históricos y legislativos”* de la mencionada LGTel y del Reglamento de Interconexión,
- (ii) Es plenamente conforme con la tendencia del nuevo marco regulatorio europeo y, en consecuencia *“con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”*,
- (iii) Se ha realizado teniendo en cuenta el objeto y el alcance de las normas aplicadas y las que han servido de base para su elaboración y, por tanto, *“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

En definitiva, reiteramos que el concepto de acceso se refiere al acceso a redes y al acceso a servicios de telecomunicaciones prestados a través de dichas redes por los operadores de telecomunicaciones.

3.- Sobre la calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso

Partiendo de la consideración del concepto de acceso en un sentido amplio como concepto que engloba el acceso a redes y el acceso a los servicios prestados a través de dichas redes, el Acuerdo de 11 de abril de 2000 firmado entre AIRTEL y ABBLA para la prestación del servicio GSM es un contrato de prestación del servicio telefónico móvil y, por tanto, un acuerdo por el cual AIRTEL da acceso a ABBLA al servicio telefónico móvil prestado por aquélla, con independencia del uso al que ésta vaya a destinar al mismo. En este sentido la afirmación de AIRTEL que considera que *“la Comisión define la reventa como un acceso a los servicios del operador”* es errónea ya que la reventa es la finalidad de la provisión de acceso al servicio telefónico móvil, no una modalidad de acceso y, por tanto, el acceso al servicio es una etapa previa a su reventa.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, AIRTEL manifiesta que *“la calificación de la naturaleza y objeto del acuerdo no ha sido cuestión pacífica y ha sido ampliamente debatida en el curso del expediente, sin que, por ello, se haya llegado a determinar correctamente”*. Dichas afirmaciones carecen de fundamento y es preciso recordar en este punto que el Apartado 1.1. de los Fundamentos de Derecho de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 califica el Acuerdo como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil.

“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”

Asimismo, el apartado 2.3. de los Fundamentos de Derecho de la citada Resolución establece,

“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”.

En este mismo sentido, hay que destacar que la afirmación de AIRTEL que considera que *“la definición de la naturaleza del Contrato por esta Comisión ha venido mediatizada por la voluntad de ésta de impulsar la reventa de los servicios telefónicos móviles en el mercado español”* carece absolutamente de fundamento, siendo necesario recordar a la recurrente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología y regida en su actuación, entre otras normas, por la LRJPAC⁵, *“sirve con objetividad los intereses generales”*, tal y como dispone el artículo 3.1. de dicha norma y el artículo 103.1 de la Constitución Española que también le es aplicable⁶, y ejerce sus competencias *“para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del Ordenamiento Jurídico”*, de conformidad con el artículo 3.3. de la citada LRJPAC. Además, la finalidad de esta Comisión en su intervención en el conflicto entre ABBLA y AIRTEL queda perfectamente reflejada en el Apartado 2.1. de los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida.

“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,

⁵ En este sentido, véase el artículo 2.1. del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

⁶ Véase Sentencia 85/1983 de 25 de octubre del Tribunal Constitucional



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

4.- Sobre la calificación de las divergencias entre AIRTEL y ABBLA como un conflicto de acceso y la competencia de esta Comisión para su resolución.

En relación con la calificación de las divergencias surgidas entre AIRTEL y ABBLA como un conflicto de acceso y las competencias de esta Comisión para su resolución, AIRTEL reconoce que *“un contrato de servicios es el instrumento contractual que permite a la contraparte tener acceso a los servicios prestados por el operador”* pero *“la elección de la terminología no puede invocarse para arrogarse competencias esa Comisión en la que legalmente no le han sido atribuidas tales competencias”*. En este sentido, la recurrente afirma que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencias para resolver los conflictos que surjan entre los operadores en relación con la celebración, la interpretación y la ejecución de los acuerdos de acceso a las redes”* y considera que éstas son las únicas competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de conflictos de acceso.

Tal y como se menciona en la Resolución recurrida y se mantiene en la presente, *“el concepto de acceso se refiere al acceso a redes y a los servicios de telecomunicaciones y, por tanto, el Acuerdo suscrito entre AIRTEL y ABBLA es un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil entre dos operadores de telecomunicaciones, con lo que las diferencias surgidas entre los operadores que hayan suscrito, tal y como es el caso, un acuerdo de acceso a servicios de telecomunicaciones que, en la práctica, se materializa en un contrato de prestación del servicio telefónico móvil, son susceptibles de generar un conflicto de acceso de cuya resolución es competente esta Comisión, de conformidad con el ya citado artículo 25 de la LGTel”*. A dichos efectos, es necesario tener en cuenta que lo que Airtel suministra a Abbla es un servicio telefónico de acceso directo, por el que se le suministra el acceso (unos puntos de terminación, en definitiva, unos números móviles) y unos servicios a través de ese acceso. El acceso a dichos puntos conlleva el acceso al servicio prestado, por lo que en todo caso debe entenderse incluido en el ámbito competencial de esta Comisión.

En consecuencia, cualesquiera afirmaciones de AIRTEL referentes a la falta o extralimitación de competencias de esta Comisión para la resolución del conflicto de acceso entre ABBLA y AIRTEL no pueden tomarse en consideración y confirmamos los mencionados en la Resolución recurrida la cual considera que, *“con independencia de la finalidad a la que se vaya a destinar el servicio*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónico móvil disponible al público contratado, existe un acceso⁷ 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".

Como consecuencia de la anterior calificación, la Resolución recurrida fundamenta la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el conflicto de acceso existente entre ABBLA y AIRTEL en 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), que establece que 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"* y en el artículo 25 de la LGTel que establece que *"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"*.

Por último, en cuanto a la afirmación de AIRTEL que considera que esta Comisión se ha extralimitado en sus competencias *"en detrimento de la libertad empresarial, constitucionalmente reconocida a los operadores de telecomunicaciones"* y, por tanto, *"fundamenta su competencia en una interpretación contra legem contraria al principio constitucional de libertad de empresa"*, es necesario mencionar que, tal y como señala el propio artículo 38, la libertad de empresa *"se reconoce en el marco de una economía de mercado"*, lo que implica que este derecho no sea un derecho abstracto e ilimitado sino que su ejercicio está restringido,

- (i) Por la normativa reguladora de la defensa de la competencia⁸, que se establece precisamente para la protección del modelo de economía de mercado y que tiene por fin, a escala individual, la *"defensa contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia"*⁹;

⁷ 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.

⁸ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal

⁹ Véase la Sentencia 71/1982 de 30 de noviembre del Tribunal Constitucional



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(ii) Por los derechos de los consumidores, cuya defensa constituye un principio rector de la política social y económica y cuya garantía corresponde a los poderes públicos¹⁰;

(iii) Por el régimen legal establecido para cada tipo de actividad empresarial concreta, incluyendo aquí la actividad de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, AIRTEL, como operador de telecomunicaciones y agente que actúa en el marco de una economía de mercado, tiene reconocida constitucionalmente la libertad de empresa, si bien, tal y como se ha expuesto, esta libertad tiene un alcance limitado por tres frentes, entre ellos, la legislación sectorial de telecomunicaciones que reconoce con carácter general¹¹ la habilitación competencial de esta Comisión para intervenir en los conflictos que surjan en el sector.

Por tanto, al amparo de la mencionada habilitación competencial, la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de conflictos de acceso en ningún caso constituye una intromisión en la libertad de empresa de la recurrente, tal y como ésta alega, sino un límite para su ejercicio que, como se ha podido apreciar, se haya en la propia esencia del principio constitucionalmente reconocido de libertad de empresa.

5.- En conclusión: improcedencia de las causas de nulidad de pleno derecho alegadas por la recurrente

De acuerdo con las consideraciones anteriores en relación con el concepto de acceso contenido en el artículo 25 de la LGTel considerado como acceso a redes y a los servicios prestados a través de dichas redes, la consecuente calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso a servicios y, por tanto, la calificación de las divergencias surgidas con respecto a éste, como un conflicto de acceso, la Resolución de 12 de diciembre de 2002 no incurre en la causa de nulidad de pleno derecho alegada por AIRTEL prevista en el artículo 62.1.b) de la LRJPAC, ya se trata de una resolución emitida por un órgano indudablemente competente al amparo de la habilitación competencial de esta Comisión en materia de resolución de conflictos de acceso recogida en el citado artículo 25 de la LGTel.

¹⁰ Véase la Sentencia 88/1986 de 1 de julio del Tribunal Constitucional

¹¹ Artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, la Resolución de 12 de diciembre de 2002 relativa al conflicto de acceso entre AIRTEL y ABBLA no incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2. de la mencionada LRJPAC por no darse el presupuesto objetivo de aplicación de dicho precepto, ya que éste se refiere a un supuesto de nulidad de pleno derecho específico de los reglamentos y no de los actos administrativos singulares.

SEGUNDO. Sobre la interpretación del Acuerdo contenida en la Resolución de 12 de diciembre de 2002

Además de la falta de competencia de esta Comisión para la resolución del conflicto de acceso suscitado entre AIRTEL y ABBLA, la recurrente pone de manifiesto su desacuerdo con la interpretación del Acuerdo realizada por esta Comisión.

1.- Con respecto al método de interpretación del Acuerdo utilizado por esta Comisión

Tal y como se establece en la Resolución recurrida, y ante la evidente falta de acuerdo¹² de las entidades implicadas en el conflicto, la actuación de esta Comisión en la resolución del conflicto entre AIRTEL y ABBLA se ha basado en averiguar la intención concreta de AIRTEL y ABBLA a la hora de suscribir el Acuerdo y en 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"*.¹³

En consecuencia, de conformidad con la Resolución de 12 de diciembre de 2002,

"la línea de actuación que ha seguido esta Comisión para la resolución del presente conflicto ha tomado 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

¹² Es preciso recordar en este punto que ABBLA considera que el Acuerdo es un contrato de suministro del servicio de telefonía móvil para su posterior reventa a usuarios finales, y AIRTEL lo califica como un contrato cuyo único objeto "es la prestación del servicio final de telefonía móvil".

¹³ 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](#)),



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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".

Así, esta Comisión realizó, al amparo de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil referidos a las normas de interpretación de los contratos, una interpretación del acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil firmado por las partes en conflicto, tomando como base dicho Acuerdo, sus Condiciones Generales, las circunstancias históricas que rodearon a la celebración del contrato y la intención de las partes manifestada en hechos coetáneos y posteriores a la misma, para considerar 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"*

2.- Con respecto al conocimiento por parte de AIRTEL de la actividad de reventa desarrollada por ABBLA

AIRTEL pone de manifiesto que carece de fundamento *"presumir, como hace esta Comisión, que la voluntad de ABBLA de revender los servicios contratados no sólo era conocida por Vodafone en el momento de la firma del acuerdo, sino que era el objeto del mismo"*.

Por otro lado, AIRTEL alega que la conclusión de esta Comisión de considerar el Acuerdo como un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa, únicamente se basa en que AIRTEL conocía el objeto social de ABBLA que figura en sus escrituras de constitución y en el número de empleados de dicha entidad, *"de lo que concluye que su voluntad era la firmar un contrato de reventa"*.

Es necesario mencionar aquí que, tal y como establece la Resolución recurrida, "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".

Sin embargo, consideramos 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 de que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA que debe apreciarse junto con otros indicios que se recogen asimismo en la Resolución recurrida:

- En este sentido, la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe de CINCO MILLONES (5.000.000) PESETAS, es decir, por un importe que supera cinco veces el límite establecido en las Condiciones Generales, otorgado con fecha 24 de abril de 2000 y, por tanto, tan sólo TRECE (13) DÍAS después de la firma del Acuerdo, es otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- Asimismo, la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe de SIETE MILLONES (7.000.000) PESETAS, es decir, por un importe que supera siete veces el límite establecido en las Condiciones Generales, otorgado con fecha 9 de junio de 2000 y, por tanto, tan sólo DOS (2) MESES después de la firma del Acuerdo, es otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- En la misma línea, la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe de CINCO MILLONES (5.000.000) PESETAS, es decir, por un importe que supera cinco veces el límite establecido en las Condiciones Generales, otorgado con fecha 26 de septiembre de 2000 y, por tanto, CINCO (5) MESES después de la firma del Acuerdo, es otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- Asimismo, la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe de DIEZ MILLONES (10.000.000) PESETAS, es decir, por un importe que supera diez veces el límite establecido en las Condiciones Generales, otorgado con fecha 8 de noviembre de 2000 y, por tanto, SIETE (7) MESES después de la firma del Acuerdo, es otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- En este sentido, la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe de CINCO MILLONES OCHENTA Y CINCO (5.085.000) PESETAS, es decir, por un importe que supera más de cinco veces el límite establecido en las Condiciones Generales, otorgado con fecha 23 de enero de 2001 y, por tanto, tan sólo NUEVE (9) MESES después de la firma del Acuerdo, es otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- De esta forma, la exigencia de avales por parte de AIRTEL a ABBLA desde la firma del Acuerdo, por un importe (27.000.000 Ptas.) veintisiete veces superior al límite establecido en la Cláusula 4¹⁴ de las Condiciones Generales y, en consecuencia, veintisiete veces superior al límite establecido para un usuario final constituye otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA. Es preciso destacar que la propia recurrente evidencia en su recurso la razón de la exigencia de los avales por la cuantía mencionada al considerar que *“es impensable que un operador como Vodafone acceda a abrir la reventa de sus servicios de telefonía móvil sin exigir más garantías ni compromisos que los de un simple cliente final. Esta posibilidad es completamente disparatada (..)”*
- La falta de explicación por parte de AIRTEL a esta Comisión de los motivos que llevaron a dicha entidad a exigir a ABBLA, calificado por AIRTEL como *“usuario final”*, avales por una cantidad muy superior al límite máximo establecido en el *“contrato tipo de usuario final”* desde el momento en que se firmó el Acuerdo, constituye otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA
- Por otro lado, tal y como es habitual en un contrato de prestación del servicio telefónico, el Acuerdo tiene duración indefinida, aspecto éste que no es congruente con la inclusión de una cláusula de *“renegociación de las actuales condiciones de colaboración”* a los dos meses de la firma del Acuerdo.
- AIRTEL ha justificado la inclusión de dicha cláusula en que la duración indefinida del Acuerdo y 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 AIRTEL y grandes empresas. Sin embargo, tal y como menciona en la Resolución recurrida, *“de la redacción de la cláusula no se deduce que dicha renegociación se refiera únicamente a la actualización de las condiciones económicas, sino que dicha cláusula establece literalmente que la renegociación se refiere a las “actuales condiciones de colaboración” . En este sentido, la inexistencia y falta de definición, en el momento de la firma del Acuerdo, 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*

¹⁴ La Cláusula Cuarta de las Condiciones Generales establece: *“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”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modelo contractual de colaboración entre dos operadores de telecomunicaciones para la reventa del servicio telefónico móvil y la posibilidad de que dicha situación cambiara 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, justifican la inclusión de esta cláusula para adaptar así las condiciones del Acuerdo a la situación que se pudiera originar".

- 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 excluye el intercambio recíproco de prestaciones tan característico de los contratos de colaboración entre empresas. Dicha expresión constituye otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad desarrollada por ABBLA.
- Por otro lado, la falta de incorporación a las Condiciones Generales entregadas a ABBLA por AIRTEL de algunas cláusulas relevantes que sí figuran en las “*Condiciones Generales de uso del Servicio GSM prestado por AIRTEL MOVIL, S.A.*” y entre las que se encuentra la que, en opinión de AIRTEL, prohíbe la reventa del servicio, constituye otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- Es necesario destacar que el Acuerdo recoge una serie de acuerdos especiales, 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 permitieran a ABBLA el desarrollo de su actividad y que lo diferenciara del objeto del mencionado contrato tipo estándar de AIRTEL. La inclusión de los mencionados acuerdos especiales constituye otro indicio de que AIRTEL conocía desde la firma del Acuerdo la actividad que desarrollaba ABBLA.
- Las sucesivas comunicaciones electrónicas entre las partes relativas a aspectos relacionados con la ejecución del Acuerdo a los que se hará referencia más adelante, y que difieren de los aspectos relacionados con una relación típica entre un operador de telecomunicaciones y un cliente final, constituyen un indicio de que AIRTEL conocía la actividad que desarrollaba ABBLA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como se puede apreciar de los aspectos tratados anteriormente, al apreciar la existencia de un contrato suscrito entre AIRTEL y ABBLA de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa, esta Comisión no se ha basado únicamente en el número de empleados y en el objeto social de ABBLA.

Por otro lado, AIRTEL alega que *“en el momento de la firma del acuerdo, nada impedía a Vodafone suscribir un acuerdo de reventa por lo que no existe razón alguna que motivara a las partes a “disimular” la naturaleza del contrato firmando un contrato-tipo de usuario final”*. En este sentido, AIRTEL manifiesta que *“hi Vodafone ni ABBLA promovieron el procedimiento previsto en el Real Decreto 1486/1994”*. AIRTEL se refiere en este punto a la figura del Proveedor de Servicio 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 automática¹⁵.

Es necesario recordar aquí que la figura del revendedor no es equiparable a la del Proveedor del Servicio prevista en el artículo 5 del ya citado Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio porque la relación del operador titular de una red de telefonía móvil con un revendedor de servicios de telefonía móvil es diferente de la relación entre dicho operador titular de una red de telefonía móvil y un Proveedor del Servicio al que se refiere el mencionado artículo 5. Así, tal y como señalaba la Resolución recurrida:

- *“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 subcontrata al segundo para la realización de una prestación accesoria concreta, tal y como es la comercialización del servicio telefónico móvil;*

¹⁵ Dicho artículo dispone “Artículo 5. Proveedores del servicio. La comercialización podrá llevarse a cabo directamente por el concesionario o a través de proveedores del servicio 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *De esta forma, se crea una relación comercial distinta e independiente de la principal (la prestación del servicio telefónico móvil por el concesionario);*
- *Esta relación comercial 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 ejecución¹⁶;*
- *Al contrario de lo expuesto, la reventa implica la puesta a disposición del servicio (telefónico móvil) al revendedor para venderlo en el mismo estado en que se encontraba cuando fue adquirido, es decir, sin transformación o alteración alguna por éste.*
- *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.*
- *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. Así viene reconocido en la Autorización Provisional de ABBLA para la prestación del servicio telefónico móvil citada por AIRTEL: "Timón (...), asumiendo ante éstos como único responsable la responsabilidad ante reclamaciones de cualquier índole en relación con el servicio prestado".*
- *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".*

De conformidad con lo anterior, no se puede tomar en consideración la afirmación de AIRTEL que considera que en el año 2000 estaba prevista legalmente, al amparo del 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

¹⁶ En este sentido, véase la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, estamos de acuerdo con AIRTEL en que el Acuerdo *“no contempla la labor de intermediación de ABBLA entre sus clientes y Vodafone”* y en él *“no se identifican las capacidades de configuración de cada uno de los servicios prestados y sus componentes para su realización”*. En consecuencia, coincidimos con AIRTEL en que el Acuerdo no reúne las características especificadas en el título habilitante de ABBLA, pero es preciso recordar que esta circunstancia es obvia porque dicho Acuerdo fue firmado cinco meses antes de que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones comenzara a otorgar autorizaciones provisionales para la reventa del servicio telefónico móvil y, por tanto, cinco meses antes de que se establecieran las características que debían reunir los contratos celebrados por el correspondiente revendedor de servicios de telefonía móvil y el operador titular de la red, y nueve meses antes de que le fuera otorgada a ABBLA la correspondiente Autorización Provisional para la reventa del servicio telefónico móvil¹⁷.

Sin embargo, el hecho de que el Acuerdo no reúna las condiciones impuestas con posterioridad a su firma, no implica que éste no pueda surtir los mismos efectos que un acuerdo que sí las cumpla y menos aún que no pueda ser considerado como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil para su posterior reventa.

Asimismo, estamos de acuerdo con AIRTEL en que la terminología literal utilizada en el Acuerdo para referirse a su objeto, no es la compra de minutos al por mayor para su posterior reventa, pero la ejecución del Acuerdo confirma que es precisamente ésta la actividad realizada por ABBLA: AIRTEL factura a ABBLA los minutos consumidos en un mes determinado en la totalidad de líneas activas, aplicando precios que permitan a ABBLA tener un margen suficiente de beneficio, para que ésta a su vez los refacture a sus clientes finales en el mes siguiente a dicho mes. Tales aspectos son propios de la compra al por mayor con independencia de los términos que se empleen para referirse a ellos.

3.- Conclusiones de AIRTEL en relación con la interpretación del Acuerdo

Las conclusiones a la que llega AIRTEL en relación con la interpretación del Acuerdo contenida en la Resolución de 12 de diciembre de 2002:

- El Acuerdo es un contrato tipo de usuario final para la prestación del servicio telefónico móvil en el que ABBLA recibía *“el trato típico, en*

¹⁷ Dicha autorización fue otorgada por Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones de 22 de enero de 2001



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones servicios y obligaciones (incluida la prohibición de la reventa) dispensado a los clientes empresa”.

Tal afirmación queda desacreditada, tal y como se ha podido apreciar, desde el momento en que:

(i) AIRTEL exige avales a ABBLA por un importe veintisiete veces superior al límite establecido en las Condiciones Generales del Acuerdo;

(ii) Se incluye una cláusula de renegociación del Acuerdo a los dos meses de su firma, algo completamente inusual en un contrato de prestación de servicios;

(iii) El propio Acuerdo utiliza la expresión “*condiciones de colaboración*” para referirse a las condiciones en él contenidas, cuando, según manifiesta AIRTEL dicho Acuerdo es un contrato de prestación de servicios en el que, por tanto, quedan excluidas las prestaciones recíprocas entre las partes y, por tanto, la “*colaboración*” entre ellas;

(iv) Se incluye una serie de acuerdos calificados como “*especiales*” aplicables a un cliente que recibe un trato “*típico*”;

(v) Las Condiciones Generales entregadas a ABBLA omiten la cláusula referente a la prohibición de la reventa del servicio;

(vi) Existen numerosas comunicaciones electrónicas entre AIRTEL y ABBLA que se refieren a aspectos que difieren de una relación típica entre un operador de telecomunicaciones y un cliente final, tales como:

- El establecimiento de una canal independiente de suministro de terminales;
- La aplicación de procedimientos de portabilidad a favor de ABBLA;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El establecimiento de un centro de atención al cliente gestionado por ABBLA;
 - El stock de líneas de consumo;
 - El reconocimiento por parte de AIRTEL de que ABBLA tiene clientes propios,
 - La asignación de nuevas líneas telefónicas a ABBLA y el suministro de terminales dependiendo del ratio de consumo de las líneas activas;
 - La existencia de un stock líneas “*activas y libres*” (sin consumo),
 - El suministro de CDRs¹⁸,
 - La solicitud por parte de AIRTEL de nuevos avales por cada una de las líneas solicitadas; o
 - La determinación de los importes de dichos avales en función de los límites de crédito¹⁹.
- AIRTEL tuvo conocimiento de que ABBLA estaba revendiendo el servicio de telefonía móvil en octubre de 2000, procediendo a cesar en el suministro a ABBLA de tarjetas SIM y terminales y a reclamar a dicha entidad que cesara en su actividad.
- Tal afirmación queda desacreditada, tal y como se ha podido apreciar:
- Por la propia redacción del Acuerdo y la inclusión de los *Acuerdos especiales* ya mencionadas;

¹⁸ *Call Data Records (Registro de detalle de llamada)*: este registro contiene todos los datos necesarios para facturar al cliente las llamadas realizadas

¹⁹ Es preciso recordar que la finalidad de la cláusula “*Límites de crédito*” incluida 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;



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por la exigencia por parte de AIRTEL a ABBLA de un aval por un importe cinco veces superior a límite establecido en las Condiciones Generales del Acuerdo a los trece días de haber firmado éste.

Es preciso recordar en este punto que la propia recurrente considera “*impensable*” y una “*posibilidad completamente disparatada*” que un operador como AIRTEL acceda a abrir la reventa de sus servicios de telefonía móvil sin exigir más garantías ni compromisos que los de un simple cliente final. La exigencia de un aval inicial por el importe mencionado y la de los posteriores avales por los importes a los que antes se ha hecho referencia posiblemente ya no hiciera tan “*disparatada*” la prestación del servicio telefónico móvil por parte de AIRTEL para su posterior reventa por ABBLA.

- Por las diversas comunicaciones electrónicas entre las partes. Es preciso destacar la comunicación electrónica de 26 de septiembre de 2000²⁰ aportada por ABBLA y en la que se resumen algunos de los puntos tratados en una reunión mantenida entre AIRTEL y ABBLA, tales como:

- El establecimiento de una canal independiente de suministro de terminales;
- La actualización de precios y descuentos, la aplicación a un supuesto “*usuario final*” de un descuento en caso de que éste reponga un terminal robado o destruido cuando, en ningún caso, se aplican este tipo de descuentos a los usuarios finales²¹;
- La implementación de una línea de “*Atención al cliente*” gestionada por ABBLA, implementación que es absolutamente impropia de un usuario final del servicio telefónico móvil, debido a la existencia de centros de atención al cliente gestionados por el operador titular de la red;

²⁰ Véase la página 38 de la Resolución de 12 de diciembre de 2002.

²¹ La razón de la aplicación de este descuento obedece según ABBLA a que ésta 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- La portabilidad de números conferidos a ABBLA por AIRTEL, a otro operador de telefonía móvil y la portabilidad de un número telefónico de otro operador a ABBLA, cuando un usuario final no puede ser beneficiario de este tipo de procedimientos,

- La elaboración de *“Manuales de procedimiento”* cuya finalidad AIRTEL no ha mencionado pero, según ABBLA, debían recoger las actuaciones a seguir por ambas partes en el desarrollo de la actividad de reventa del servicio telefónico móvil. En relación con este último aspecto, es preciso destacar, además de que la elaboración de tales *“manuales de procedimiento”* no es propia de un contrato de usuario final, que en la mencionada comunicación electrónica de 26 de septiembre se hace referencia a dichos *“manuales”* y se menciona que *“están en la cocina de Airtel”*, lo que refleja que la actividad desarrollada por ABBLA era conocida por AIRTEL desde el inicio de la relación contractual y que las partes estaban tratando de definir y precisar las condiciones en las que se debía desarrollar dicha relación contractual.

- AIRTEL afirma que procedió a reclamar a ABBLA que cesara en su actividad. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que AIRTEL no ha aportado en el marco del Expediente RO 2002/7056 documento alguno que demuestre que requirió a ABBLA para que cesara en su *“actividad infractora del contrato”*.
- AIRTEL intentó resolver *“pacíficamente y extrajudicialmente la situación creada por ABBLA llegando a ofertar a ésta un acuerdo que se ajustaba a la realidad de su prestación y que fue rechazado por ABBLA quien claramente no quiere asumir ningún tipo de responsabilidad u obligación típica de la actividad que desarrolla en el mercado”*.

Efectivamente, AIRTEL presentó una *“Propuesta comercial para ABBLA”* el 1 de marzo de 2002²². Sin embargo, es preciso recordar que las negociaciones entre AIRTEL y ABBLA no llegaron a buen fin, no porque ABBLA no quisiera *“asumir ningún tipo de responsabilidad u obligación típica”* de su actividad, sino por las diferencias surgidas en relación con la forma de pago del canon de SEIS MILLONES (6.000.000) DE EUROS que AIRTEL exigía a ABBLA en concepto de

²² Véase el Informe de Audiencia de 9 de octubre de 2002 (pgs. 9 y 10)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

canon de entrada o entry fee y que iba destinado a cubrir los gastos de adaptación de sus sistemas internos, a servir de barrera de entrada a otros Proveedores de Servicios y a garantizar el cumplimiento por ABBLA de su plan de negocio.

3.- En conclusión: procedencia de la interpretación lógico-histórica del Acuerdo realizada por la Comisión.

Como se ha podido apreciar, las alegaciones de AIRTEL tendentes a considerar el Acuerdo como un contrato tipo de usuario final quedan desacreditadas por los datos obrantes en el Expediente cuya Resolución es objeto del presente recurso, así como por las acciones y omisiones atribuidas a AIRTEL y observadas en su relación contractual con ABBLA, elementos éstos que confirman la interpretación del Acuerdo realizada en la Resolución de 12 de diciembre y por tanto, la consideración de dicho Acuerdo como un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa por parte de ABBLA a sus clientes finales

Por tanto, de conformidad con esta interpretación, ABBLA no desvirtuó el objeto del Acuerdo al revender el servicio telefónico móvil disponible al público que a su vez adquiría a AIRTEL, reiterando que era precisamente ésta la finalidad que subyacía en el propio Acuerdo y en su ejecución posterior.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad Airtel Móvil, S.A., contra la Resolución de esta Comisión de fecha 12 de diciembre de 2002, relativa al conflicto de acceso entre Airtel Móvil, S.A. y Abbla Mobile, S.A. y, consecuentemente, confirmar el contenido de la misma, por estar plenamente ajustada a derecho.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Carlos Bustelo García del Real

José Giménez Cervantes