



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 nº 04/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de enero de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2003/1071**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL CONFLICTO DE ACCESO PLANTEADO POR COMUNITEL GLOBAL, S.A. CON RETEVISIÓN MOVIL, S.A.,

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- D. Antonio Portela Álvarez, en nombre y representación de COMUNITEL GLOBAL, S.A. (en adelante COMUNITEL), mediante escrito fechado el día 24 de junio de 2003, se dirigió a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones solicitando su intervención para resolver el conflicto de acceso surgido con RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. (en adelante AMENA).

COMUNITEL manifiesta la existencia de un conflicto de acceso *“derivado de la negativa injustificada y reiterada de ésta [AMENA] a cumplir de una parte, con su obligación de facilitar a COMUNITEL el acceso a su servicio de telefonía móvil y de hacerlo en condiciones no discriminatorias y, de otra, por el incumplimiento de los términos pactados por ambas en el Acuerdo Marco de Colaboración suscrito con fecha 18 de diciembre de 2002.”*

COMUNITEL propuso a AMENA el establecimiento de un acuerdo-marco de colaboración para la prestación del servicio combinado de telefonía fija y telefonía móvil. La solicitante alega que la propuesta *“mereció la inmediata aprobación de AMENA que al comienzo del proceso puso sus mejores esfuerzos para hacer realidad ese proyecto llegando no sólo a la firma del Acuerdo sino incluso a su ejecución, hasta que en un momento posterior...,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

decidió incumplir tanto su obligación legal de facilitar el acceso como los compromisos contractuales adquiridos con COMUNITEL”. Continúa señalando que “después de provocar la ruptura de sus compromisos con COMUNITEL, y abusando de su privilegiada posición en el mercado, AMENA decidió lanzar el servicio combinado de telefonía fija y móvil con una compañía de telefonía fija de su mismo Grupo empresarial (AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.) buscando la eliminación de COMUNITEL como competidor en la prestación del servicio combinado de telefonía fija y móvil, a pesar de que precisamente había sido este operador independiente el que presentó a AMENA el proyecto de servicio combinado”.

COMUNITEL alega que el modelo ideado “permite la integración del servicio de telefonía fija con el servicio de telefónica móvil en unas condiciones que separa éste modelo de cualquier otra fórmula desarrollada hasta la fecha en España, pues..., COMUNITEL no se convierte ni en operador virtual, ni en un mero revendedor de los servicios de AMENA, ni tan siquiera en un simple agente o comisionista, sino en una figura singular y específica que presenta rasgos claramente diferenciados de todos esos sistemas”.

En su escrito de 24 de junio, COMUNITEL expone que “tras la firma del Acuerdo, ambas partes comenzaron su ejecución para lo cual llevaron a cabo una serie de actos que evidencian tanto la existencia del Acuerdo como su absoluta predisposición al cumplimiento de lo pactado”. Continúa señalando que se constituyeron varios grupos de trabajo para realizar todos los actos preparatorios para el lanzamiento del Servicio y facilitar el acceso de COMUNITEL al servicio de telefonía móvil de AMENA, para que ambas partes pudieran hacer las pruebas y las verificaciones oportunas antes de la puesta en marcha del mismo. COMUNITEL destaca el hecho de que alguno de esos grupos de trabajo había llegado a finalizar todas las tareas que les habían sido encomendadas, poniendo de manifiesto el avanzado estado en el que se encontraban los trabajos previos al lanzamiento del Servicio.

Asimismo, pone de relieve que para ejecutar el Acuerdo era imprescindible el establecimiento de una comunicación directa entre ambas compañías, por lo que AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante AUNA) facilitó una línea directa entre COMUNITEL y AMENA (línea dedicada), cuyo establecimiento se ubicó en la sede de AMENA, habiendo asumido COMUNITEL los costes derivados de la misma.

COMUNITEL manifiesta que “una vez iniciada la ejecución del Acuerdo y estando en marcha los trabajos preparatorios para el lanzamiento del Servicio Combinado Comunitel, la sorpresa con la que se ha encontrado COMUNITEL ha sido la negativa injustificada y reiterada de AMENA a continuar con la ejecución del Acuerdo y el cumplimiento de los términos y las condiciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pactadas, entre las que se encuentra, como obligación principal a cargo de AMENA, la de facilitar el acceso a su servicio de telefonía móvil a COMUNITEL, de forma que ésta pueda, a su vez cumplir con el objeto del Acuerdo.”

El día 17 de marzo de 2003, COMUNITEL recibió, vía fax, carta remitida por D. Belarmino García, fechada el 10 de marzo, por la que le informaba de que *“una vez realizado el análisis pertinente por parte de AUNA, lamento comunicarte que, en este momento, se ha decidido desestimar el acuerdo definido en el contrato mencionado al inicio de este escrito”*. A mayor abundamiento, la carta se refiere a la ratificación a la que, según AMENA, estaba sujeto el acuerdo y que no se había producido.

En comunicaciones posteriores, según la documentación aportada por COMUNITEL, AMENA se refiere a dos aspectos esenciales para el operador móvil: i) por un lado, la ausencia de ratificación del acuerdo; ii) y, por otro, la falta de redacción de los anexos del acuerdo dentro del plazo previsto en la Disposición transitoria, que se transcribe íntegramente:

“Los Anexos, que forman parte integrante del presente Acuerdo, deberán estar definitivamente redactados en el plazo de tres meses a contar desde que se firme el presente texto. En el caso de que no estuvieran ultimados para esa fecha, el Acuerdo quedará sin efecto”

La solicitante expone, en relación con la ausencia de ratificación del acuerdo, que *“después de firmar un contrato el 18 de diciembre de 2002, comenzó a ejecutarlo mediante una serie de conversaciones que finalizaron en la constitución de varios grupos de trabajo a comienzos del mes de enero y que desde entonces esos grupos celebraron frecuentes reuniones ejecutando un plan de actuación perfecta y detalladamente diseñado por responsables de ambas compañías; todos estos actos, los medios técnicos y humanos que representan, el proceso de toma de decisiones puesto en marcha por cada una de las compañías sobre cuestiones de la más variada índole, (...), el seguimiento del proceso por personas cualificadas y de la confianza de los máximos responsables de las compañías, todo ello no se pudo llevar a cabo sin el conocimiento y la aprobación del Director General de AMENA que así estaba ratificando el Acuerdo a lo largo de varios meses.”*

COMUNITEL señala que *“en cuanto a la falta de redacción de los Anexos del Acuerdo dentro del plazo de tres meses desde su firma, es de destacar que ello tiene un único responsable: AMENA, ante lo que COMUNITEL insistió repetidamente para que presentara la redacción de su propuesta que automáticamente se trasladaría al Anexo. Así pues, la redacción de los Anexos II y III dependía exclusivamente de AMENA.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con este aspecto, COMUNITEL alega que *“la disposición transitoria no es susceptible de dar lugar a la ineficacia del acuerdo, pues es nula”,* y añade que *“se trata de una condición potestativa cuyo cumplimiento depende exclusivamente de AMENA”.*

Manifiesta COMUNITEL que *“AMENA ha negado el acceso al servicio de telefonía móvil que debía proporcionar ..., con el objeto de que sea AUNA FIJO quien comercialice dicho servicio de forma conjunta con el de telefonía fija de ésta y en régimen de exclusiva”.* Continúa señalando que las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones se encuentran directamente afectadas al decidir AMENA lanzar el servicio con una compañía de telefonía fija de su mismo grupo empresarial.

Asimismo, señala que *“la obligación de facilitar el acceso a los servicios de telefonía móvil deben fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación, principios que han sido desatendidos por AMENA al negar el acceso a COMUNITEL y, sin embargo, facilitárselo a AUNA FIJO para lanzar la oferta de servicio combinado inicialmente acordada con COMUNITEL.”*

Por todo lo anterior, COMUNITEL solicita la intervención de esta Comisión en el conflicto de acceso que plantea, expresando en los siguiente términos su solicitud:

“Primero.- Que Retevisión Móvil, S.A, desde el día siguiente a la notificación de la resolución que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, está obligada a facilitar el acceso a COMUNITEL Global, S.A. a su servicio de comunicaciones móviles en la modalidad DCS 1800”

Segundo.- Que para el caso de que la Comisión estime que restan por completar aspectos secundarios del Acuerdo Marco de Colaboración, Retevisión Móvil, S.A. está obligada a completar de buena fe las condiciones de acceso a su servicio de comunicaciones móviles mediante acuerdo con COMUNITEL Global, S.A.

Tercero.- Que a partir del día siguiente a la notificación de la resolución que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Retevisión Móvil, S.A., debe cesar en cualquier tipo de discriminación que pudiera existir entre las condiciones de acceso acordadas con COMUNITEL Global, S.A. y cualquier otro operador de telefonía fija, incluida expresamente la filial del Grupo AUNA que opera en los servicios de telefonía fija.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, solicita la adopción de una medida cautelar en la que se obligue a AMENA a abstenerse de ofrecer y contratar con los clientes de COMUNITEL, tanto del segmento empresarial como residencial, los servicios de la promoción AMENA-AUNA de servicios integrados de telefonía fijo y móvil.

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada por COMUNITEL, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la legislación sectorial de aplicación, y con arreglo a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Dicho trámite fue comunicado a los interesados, COMUNITEL y AMENA, mediante escritos fechados el día 8 de julio de 2003, en los que se les informaba de que, en virtud del escrito presentado por la primera, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Con fecha 7 de agosto de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por AMENA donde exponía que *“lo que se denomina Acuerdo Marco no fue ratificado por AMENA conforme a lo previsto en su propio texto ni en modo alguno fue iniciada su ejecución o cumplimiento, estando pues ante un simple proyecto de contrato que no llega a nacer a la vida jurídica y que no puede por ello producir efecto alguno, al carecer de validez.”*

Manifestaba *“la absoluta inexistencia, según nuestro ordenamiento jurídico vigente, de obligación de AMENA de dar “acceso” a su servicio de telefonía móvil a COMUNITEL, pues tal obligación existe sólo respecto a los usuarios finales del servicio y, en modo alguno, respecto a operadores de telecomunicaciones.”*

AMENA considera que *“no tiene obligación de dar acceso en condiciones distintas a las de cualquier usuario final, por lo que en ningún modo se puede calificar el presente conflicto como de acceso al servicio.”* Entiende que *“no estamos ante la necesidad de interpretar ningún contrato ni ante un conflicto relativo a la ejecución de un acuerdo, sino ante la de determinar la propia existencia de una relación contractual voluntaria, para lo que la CMT carece, en todo caso, de competencia.”* Señala que sólo el orden jurisdiccional civil puede conocer si hay o no contrato o cuáles son las consecuencias de un proceso de negociación truncado sin que COMUNITEL pueda pretender convertir a la Comisión en órgano dirimente de esta controversia, sobre la base de un inexistente conflicto de acceso, pues la legislación sectorial de telecomunicaciones no otorga en modo alguno un derecho a COMUNITEL de llegar a un acuerdo de comercialización con AMENA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Alega que *“el Acuerdo Marco carece de toda validez, al no haber sido ratificado por AMENA, que como supo en todo momento COMUNITEL no ha prestado su consentimiento al mismo por persona con facultades de representación para hacerlo,”* añadiendo que dicha ratificación no se produjo tácitamente. Continúa señalando que no era un contrato completo, sino que le faltaban diversas y relevantes cuestiones por negociar, de modo que, incluso si se hubiera firmado o ratificado por persona capaz de prestar el consentimiento de AMENA, seguiría sin tener validez pues se habría producido la terminación del mismo conforme a lo previsto en su Disposición Transitoria. Expone que *“la Disposición Transitoria no respondía a un capricho ni a la voluntad de ninguna de las partes de tener una posible salida del contrato, sino a la necesidad de terminar la relación en el caso de que en un plazo razonable no hubiera sido posible llegar a un acuerdo sobre una serie de elementos sin los que sería imposible el lanzamiento de la comercialización del servicio a través de Comunitel.”*

AMENA destaca que *“no se había llegado a un acuerdo en cuanto a los niveles de calidad de servicio y las penalizaciones aplicables en caso de incumplimiento que debían recogerse en el Anexo III, elemento esencial del Acuerdo, pues si bien es cierto que Comunitel había manifestado su voluntad de aceptar los parámetros de calidad que indicase Amena, no se trataba de una mera comunicación de los aplicados por esta última sino que había que elaborar una propuesta en cuanto a penalizaciones, propuesta que a su vez debía negociarse con Comunitel y que no fue acordada en ninguno de sus extremos. No fue este el único aspecto esencial no negociado ni acordado, aunque pendiente de ratificación. Tampoco antes del mes de marzo Comunitel estuvo en disposición de presentar a Amena, conforme a lo previsto en el Acuerdo Marco, una propuesta de contrato con los clientes, a pesar de que Amena le había facilitado el contrato tipo utilizado con los mismos”*.

AMENA entiende que *“el Acuerdo Marco que se estaba negociando con COMUNITEL no venía a regular condiciones de acceso de COMUNITEL al servicio de telefonía móvil de AMENA, sino de distribución del servicio, que se seguía prestando por AMENA como responsable último del mismo.”* Manifiesta que *“AMENA presta por sí misma los servicios que constituyen la esencia del negocio, es decir, el establecimiento de la red y la prestación del servicio de telefonía móvil, pudiendo realizar directamente o a través de terceros otros servicios accesorios o complementarios al núcleo principal del negocio.”*

Expone AMENA que *“en virtud de esta Acuerdo, si hubiera sido completado y ratificado, Amena subcontrataría a Comunitel para la realización de una prestación accesoria concreta, la distribución del servicio telefónico móvil y la gestión de la facturación y atención al cliente, creando una relación distinta e*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

independiente de la prestación por parte de Amena al cliente del servicio telefónico móvil.” Señala que el hecho de que COMUNITEL prestara simultáneamente servicios de distribución junto con otras tareas de gestión, como la facturación o la atención al cliente, no altera la calificación de la naturaleza del eventual contrato a celebrar como acuerdo de distribución, en cuanto que dichas gestiones complementarias se prestarían siempre en nombre propio pero por cuenta de AMENA, reconociéndose este hecho expresamente tanto en el texto del Acuerdo Marco a celebrar como en el modelo de contrato con los clientes.

En relación con las manifestaciones de COMUNITEL referidas al acuerdo formalizado entre AMENA y AUNA, AMENA alega la inexistencia de contrato similar al Acuerdo Marco, aduciendo que *“la oferta a la que se refiere en su escrito COMUNITEL está referida única y exclusivamente a la aplicación recíproca de tarifas especiales para determinadas llamadas, sin que haya prestación de servicios entre ambas compañías, por lo que en ningún caso resulta equiparable esta oferta con el esquema de comercialización estudiado con COMUNITEL.”*

Continúa señalando que *“desde el 27 de noviembre de 2002, es decir, casi un mes antes de la firma del Acuerdo Marco, AMENA y AUNA venían realizando en el mercado una oferta de características similares a la citada en el escrito de COMUNITEL, lo que permite afirmar que no sólo se trata de una relación totalmente distinta, sino anterior en el tiempo.”* Alega que *“esta actuación comercial de AMENA y AUNA en nada se parece al acuerdo de comercialización previsto en el no nato Acuerdo Marco. El objeto del mismo es radicalmente distinto, ya que mientras COMUNITEL iba a prestar a AMENA servicios de comercialización, facturación y atención al cliente, AUNA no va a prestar a AMENA ninguno de los anteriores servicios, limitándose ambas compañías a establecer ofertas especiales aplicables por cada una de ellas a sus clientes en el caso de que ya lo fueran de ambas compañías.”* AMENA añade que no se preveía que el cliente firmara ningún contrato con AUNA en el que se hiciera referencia a la prestación del servicio de telefonía móvil por AMENA, manteniéndose únicamente los contratos existentes en la actualidad con cada una de ambas compañías. No se producían pagos de comisiones entre AMENA y AUNA, percibiendo cada una de sus clientes los correspondientes importes de la facturación.

AMENA alega que las ofertas lanzadas por AMENA y AUNA no guardan ninguna relación con el proyecto desarrollado por COMUNITEL y AMENA y, por tanto, no hay violación del principio de no discriminación, ni AMENA ha sacado ningún provecho del trabajo realizado con COMUNITEL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Con fecha 26 de septiembre de 2003, se remitió a AMENA requerimiento de información con el fin de que indicase si había suscrito con alguna persona física o jurídica, perteneciente o no al grupo AUNA, contrato de similares características al contrato que se analiza en el presente expediente y, en caso afirmativo, la remisión de la copia de los mismos.

Con fecha 21 de octubre, se recibió en el Registro de esta Comisión contestación al requerimiento efectuado, remitiendo copia de un modelo de contrato de suministro y distribución.

Quinto.- Con fecha 31 de octubre, una vez instruido el presente procedimiento, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, dentro del cual los servicios de la Comisión informaron sobre el conflicto planteado por COMUNITEL, proponiendo la desestimación del mismo, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Sexto.- El día 17 de noviembre tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AMENA en el que manifestaba su conformidad con el informe remitido por esta Comisión al que se refiere el párrafo anterior, poniendo nuevamente de manifiesto que *“el proceso de negociación iniciado entre ambas partes para llegar a un acuerdo de distribución comercial no llegó a concluir en un acuerdo final y válido, al no ser en ningún momento el borrador de Acuerdo Marco ratificado por persona con poder suficiente para vincular a Amena, ratificación que tampoco se produjo tácitamente”*. Considera conveniente que la Resolución final del expediente recogiera en sus fundamentos fácticos el que *“en realidad no estamos ante un acuerdo entre las partes, sino ante un simple borrador de contrato que se estaba negociando”*, reiterando lo manifestado en anteriores escritos.

AMENA continúa señalando en relación con la competencia de esta Comisión para intervenir en el presente conflicto que *“no estamos en modo alguno ante un conflicto de acceso, por lo que en realidad la Comisión no debería conocer ni admitir la continuación del procedimiento iniciado por Comunitel”*. AMENA considera que se trata de *“una controversia relativa a la propia existencia o no de un acuerdo de comercialización del servicio de telefonía móvil de Amena por Comunitel”*.

Séptimo.- El día 18 de noviembre se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de COMUNITEL, en el que reitera sus alegaciones, destacando los siguientes aspectos:

- En relación con la competencia para intervenir de esta Comisión:
 - *“Los argumentos de AMENA para negar la competencia de la CMT están íntimamente relacionados con cuestiones de fondo y, por tanto,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

difícilmente podrá pronunciarse la CMT sobre ellos sin antes entrar en el fondo del conflicto surgido entre las partes”.

- La obligación de facilitar acceso incluida en el Acuerdo Marco:
 - *“La finalidad perseguida por COMUNITEL y AMENA mediante el Acuerdo Marco no era otra más que la de crear un nuevo servicio integrado fijo-móvil para los clientes de empresa de COMUNITEL. Ese “servicio”... requiere que COMUNITEL acceda al servicio de telefonía móvil de AMENA, lo que se materializa en una serie de auténticos actos de disposición del servicio móvil de AMENA una vez integrado con el fijo de COMUNITEL.” En concreto menciona “(i) los procedimientos de contratación del servicio; (ii) la atención al cliente; (iii) el servicio postventa; (iv) la facturación y gestión de cobro y (v) la intercomunicación de los Sistemas de Información de ambas compañías.”*
 - *“Sin acceso al servicio móvil de AMENA no hay Servicio Integrado Fijo-Móvil. El acceso se convierte así en una condición necesaria del Acuerdo Marco, que está en su génesis desde el mismo momento en que se iniciaron las conversaciones entre ambas partes y se refleja tanto en el expositivo como en el clausulado del Acuerdo Marco.”*
 - *“No es necesario que se mencione expresamente el término acceso ni que el mismo se incluya en el objeto del Acuerdo Marco para que la obligación de dar acceso al servicio telefónico móvil de AMENA se desprenda del alcance general de los términos y condiciones del Acuerdo Marco.” “El cumplimiento del objeto del Acuerdo Marco no es posible si AMENA no proporciona acceso a su servicio de telefonía móvil a COMUNITEL, dado que ésta carece de los medios materiales y de título habilitante.*
- Oferta AMENA/AUNA:
 - *“La oferta conjunta AMENA/AUNA está dirigida a satisfacer las mismas necesidades de los consumidores que se cubrían con el Servicio Integrado Fijo-Móvil y, de hecho, desde el punto de vista del consumidor, su efecto es prácticamente idéntico, con independencia de que la forma jurídica de los acuerdos COMUNITEL/AMENA por un lado y AMENA/AUNA, por otro, sean diferentes y de que la instrumentación de los acuerdos también lo sea.”*
- No se trata de un contrato de distribución:
 - *“El objeto del Acuerdo Marco implica la distribución del servicio telefónico móvil de AMENA entre los clientes de COMUNITEL, pero no se reduce a la simple distribución de dicho servicio, sino que incluye otros muchos elementos que lo diferencian de la distribución y de otras figuras ya clásicas en el sector, tales como los revendedores, operadores virtuales, meros agentes, distribuidores o subcontratistas,*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

convirtiendo el producto resultante de dicho Acuerdo Marco en un servicio nuevo.”

- La ratificación del Acuerdo Marco:
 - *“Los hechos acaecidos con posterioridad a la firma del Acuerdo Marco ponen de manifiesto que AMENA ratificó el contenido del mismo mediante una serie de actos inequívocos que ponen de manifiesto su firme decisión inicial de ejecutar lo pactado”*
- Nulidad de la Disposición Transitoria:
 - *“Se trata de una condición potestativa, pues los aspectos que quedaban pendientes de completar eran precisamente aquéllos que dependían de la exclusiva voluntad de AMENA y que, si no llegaron a materializarse en forma de una propuesta por escrito es debido única y exclusivamente a AMENA”*

Octavo.- Con fecha 28 de noviembre de 2003, se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de COMUNITEL por el que, en relación con el escrito presentado por AMENA por el que aporta determinada documentación en respuesta al requerimiento de información efectuado por esta Comisión, realiza diferentes alegaciones.

COMUNITEL alega que AMENA *“aporta un modelo de acuerdo de distribución comercial que nada tiene que ver con el Acuerdo Marco”*. Continúa señalando que *“De una simple lectura comparativa del modelo aportado y del Acuerdo Marco se observa claramente que se trata de contratos absolutamente distintos que regulan relaciones totalmente diferentes”*. COMUNITEL entiende que *“lo que AMENA tendría que haber aportado para dar cumplimiento adecuado al requerimiento de esta Comisión son el acuerdo marco de colaboración suscrito con EUSKALTEL, S.A. de fecha 16 de diciembre de 1998 y el contrato de distribución suscrito con El Corte Inglés, al que tantas referencias realizaba en su escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2003.”*

En el referido escrito de 28 de noviembre, COMUNITEL solicita que *“dada la flagrante infracción del artículo 81.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones al no sustanciar Amena el requerimiento de esa CMT, someto a la consideración de esa CMT la apertura del correspondiente expediente sancionador, con independencia de insistir en que por parte de esa CMT se obligue a Amena a dar cumplimiento al requerimiento de información”*.

Noveno.- Con fecha 5 de noviembre de 2003, entró en vigor la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, quedando derogada la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Décimo.- Con fecha 23 de enero de 2004, se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito de COMUNITEL, por el que comunica que “entiende estimada por silencio administrativo la solicitud formulada a esa Comisión para la resolución del conflicto de acceso existente con AMENA.”

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Habilitación competencial de la CMT para intervenir en el presente Procedimiento

En su escrito de fecha 24 de junio de 2003, COMUNITEL plantea la existencia de un conflicto, que califica de “acceso”, con AMENA.

A este respecto, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.2, señala que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto, entre otras cuestiones, el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y la resolución de los conflictos entre operadores. Dichas competencias generales se concretan en la habilitación competencial de esta Comisión para actuar en esta materia, recogida en el apartado 3, letra d) del mismo artículo, que establece que es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso o interconexión.

La LGTel, en su artículo 11, apartado 4, establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.”*

A tal efecto, el artículo 14 de la LGTel señala que *“de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”

A la luz de lo anterior, la falta de acuerdo sobre determinadas condiciones de acceso por parte de un operador de servicios de telecomunicaciones a una red de una entidad prestataria del servicio telefónico móvil disponible al público, constituiría un conflicto de “acceso”, quedando habilitada esta Comisión para su resolución.

Dicho lo anterior, procede, con carácter previo, analizar el marco jurídico aplicable al concepto de acceso y los operadores obligados a facilitar el mismo.

II.2. Análisis jurídico del concepto de acceso y operadores obligados a facilitar el mismo.

Con el propósito de adaptar nuestra normativa interna al nuevo marco comunitario, el 4 de noviembre de 2003 se publicó en el BOE la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. El acceso a redes y recursos asociados y la interconexión se contemplan en el Capítulo III del Título II de la referida norma, siendo de aplicación el concepto de acceso regulado en la Directiva 2002/19/CE, que se incorpora a las definiciones que se recogen en el Anexo II de la propia Ley.

Las obligaciones aplicables a los operadores en relación con el acceso se recogen en los artículos 12, *condiciones aplicables al acceso y a la interconexión*, y en el artículo 13, *obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia*. Ahora bien, la imposición de estas obligaciones a los operadores con peso significativo en el mercado se realizará en las condiciones que se determinen reglamentariamente en desarrollo del artículo 10, referido a los *mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado*, y conforme a los mecanismos en él definidos.

En tanto no se produzca dicho desarrollo reglamentario, es de aplicación el apartado tercero de la disposición transitoria primera, a cuyo tenor:

“Los mercados de referencia actualmente existentes, los operadores dominantes en dichos mercados y las obligaciones que tienen impuestas dichos operadores continuarán en vigor hasta que, en los términos fijados en el título II, se fijen los nuevos mercados de referencia, las empresas con poder significativo en dichos mercados y sus obligaciones.

El Reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones actualmente en vigor en lo relativo a interconexión y acceso a las redes públicas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y numeración continuará en vigor hasta tanto se aprueben las nuevas normas que desarrollen el título II de esta Ley.”

Así, sigue siendo de aplicación la regulación de desarrollo contenida en la hoy derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998) en lo que no se oponga a la nueva Ley 32/2003 y a las Directivas europeas. El artículo 24 de la Ley 11/1998 establecía que:

*“Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que **tengan la consideración de dominantes** deberán **facilitar el acceso a sus redes** en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, **a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten**.*

*Además, **deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas, de acceso a la red en puntos distintos a los de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios**. A estos efectos, las partes, en función de dichas solicitudes negociarán el correspondiente acuerdo y, a falta de éste, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente, en cuanto a la resolución de conflictos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

En desarrollo de esta previsión legal, el artículo 6 (“Acceso a las redes”) del Reglamento de interconexión (aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio) disponía lo siguiente:

*“1. 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.*

2. No se podrá limitar el acceso, excepto cuando esté justificado en el respeto de los requisitos esenciales o en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 7 de este Reglamento. En los accesos a las redes públicas de telecomunicaciones, serán de aplicación las condiciones establecidas para la conexión de equipos terminales a la red.”

Por su parte, el artículo 7 (“Accesos especiales”) de este Reglamento establecía:

1. Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas de acceso especial a la red. A estos efectos, se entiende por acceso especial el que se lleva a cabo en puntos distintos de los de terminación ofrecidos, con carácter general, a los usuarios finales (...)”

A la vista de dichos preceptos, se puede concluir, en primer lugar, que **únicamente los operadores titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes** venían



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligados a suministrar acceso a los usuarios y a los prestadores de servicios. En segundo lugar, que conforme a la anterior normativa, el concepto de acceso se configura como la **posibilidad de acceder a la red pública de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público que se prestan sobre esa red**, ya tuviera lugar el acceso en los puntos de terminación de red ofrecidos con carácter general a los usuarios o en puntos diferentes de la red (accesos especiales). Sobre la base de este acceso a la red, los usuarios podían “acceder” a los servicios que se prestaban sobre la misma, y los prestadores de servicios podían “prestar” tales servicios “utilizando” la red o servicios a los que habían accedido. Se considera, por tanto, acceso a la red o a los servicios de telecomunicaciones tanto el proporcionado al usuario final (para su propio consumo) como el que se proporciona a otro proveedor de servicios (para que a su vez éste preste un servicio de telecomunicaciones), por lo que el concepto de acceso es independiente del uso del acceso adquirido.

Dicho concepto ha sido confirmado por la doctrina de esta Comisión. En efecto, el Consejo de la CMT, en fecha 12 de diciembre 2002, adoptó la Resolución relativa al Conflicto de acceso entre Airtel Móvil, S.A. y ABBLA Móvil, S.A., en la que se decía lo siguiente;

“En consecuencia, el concepto de acceso se refiere al acceso a las redes y al acceso a servicios de telecomunicaciones prestados por los operadores de telecomunicaciones....

Aplicado al caso concreto, las diferencias surgidas entre AIRTEL y ABBLA en relación con la interpretación y ejecución del Acuerdo deben calificarse como un conflicto de acceso puesto que dichas divergencias derivan de un acuerdo que debe ser calificado como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil disponible al público con independencia del uso del servicio adquirido....

En consecuencia, reiteramos que la calificación del Acuerdo como un acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil es independiente de la finalidad a la que se vaya a destinar el servicio contratado, siendo competente esta Comisión para resolver los conflictos que surjan en torno a su interpretación y ejecución,...”

En el caso que nos ocupa, AMENA entiende que sólo tiene obligación de facilitar a COMUNITEL el acceso a su servicio de telefonía móvil en las mismas condiciones que a cualquier otro usuario final. Por el contrario, COMUNITEL alega que “*el hecho de que AMENA fuera excluida de la condición de operador dominante en la citada Resolución [Resolución de 5 de septiembre de 2002] no es impedimento para que le incumba la obligación de facilitar el acceso general a su servicio de telefonía móvil, tal y como se desprende del artículo 6 del RIN*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, al amparo del régimen jurídico transitoriamente en vigor, AMENA no tenía –en el momento del Acuerdo Marco de Colaboración–, ni tiene en la actualidad, obligación legal alguna de facilitar a COMUNITEL el acceso a su servicio de telefonía en el sentido pretendido por COMUNITEL, puesto que no ostentaba la consideración de operador dominante. Es más, con fecha 11 de septiembre de 2003, fue aprobada la Resolución del Consejo de la Comisión sobre operadores que, a los efectos de lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de telefonía fija, alquiler de circuitos, telefonía móvil automática y servicios de interconexión. En dicha Resolución se declaró a Telefónica Servicios Móviles, S.A.U. y a Vodafone, S.A. operadores dominantes en el mercado de telefonía móvil automática –imponiéndoseles, por tanto, las obligaciones previstas en los artículos 9.1 del Reglamento de Interconexión y 24 y 34 de la LGTel¹–, y en el mercado de servicios de interconexión –en cuyo caso, debían cumplir con lo dispuesto en los apartados 1, 6, y 7 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión–. Por el contrario, AMENA fue declarada dominante en el mercado de interconexión, por lo que únicamente estaba obligada a cumplir las obligaciones establecidas en los apartados 1, 6 y 7 del artículo 9 del Reglamento de Interconexión².

Consecuentemente, ni en el momento de la suscripción del Acuerdo Marco ni en la actualidad, AMENA estaba o esta obligada legalmente a facilitar acceso, de conformidad con el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones (cuya obligación de acceso aplica a los titulares de redes públicas que hayan sido declarados dominantes) y los artículos 6 y 7 del Reglamento de Interconexión.

II.3 Determinación material del objeto del procedimiento.

Como ha quedado dicho anteriormente, el presente procedimiento tiene por objeto el conflicto que COMUNITEL califica de “acceso” surgido entre COMUNITEL y AMENA. A este respecto, COMUNITEL manifiesta la existencia de un conflicto de acceso, de una parte, *“derivado de la negativa injustificada y reiterada de ésta [AMENA] a cumplir de una parte, con su obligación de facilitar a COMUNITEL el acceso a su servicio de telefonía móvil y de hacerlo en condiciones no discriminatoria;.* de otra, por *“el incumplimiento de los términos pactados por ambas en el Acuerdo Marco de Colaboración suscrito con fecha 18 de diciembre de 2002.”*

Según COMUNITEL, AMENA está obligada a facilitar a la solicitante el acceso a su servicio de telefonía móvil y de hacerlo en las condiciones que se recogen en el Acuerdo Marco de Colaboración de constante referencia. Asimismo,

¹ Vid. Pág. 66 de la citada Resolución.

² Vid. Art. 10 Reglamento de Interconexión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

COMUNITEL defiende frente a la opinión contraria de AMENA, que el acuerdo es válido y eficaz, al haber sido ratificado tácitamente por persona facultada para ello.

Sin perjuicio de que AMENA no tenga obligación legal de facilitar a COMUNITEL el acceso a su servicio de telefonía (dado que no ostentaba la consideración de operador dominante en el mercado del servicio telefónico móvil automático y de red pública telefónica móvil), AMENA podría haber negociado voluntariamente dicho acuerdo de acceso, en cuyo caso se hace preciso analizar en el marco del presente procedimiento las siguientes cuestiones:

1. Si el Acuerdo Marco de Colaboración suscrito entre AMENA y COMUNITEL constituye un acuerdo que pudieran calificarse de “acceso” a la luz del régimen jurídico vigente sobre el concepto de acceso previamente expuesto. Y, en el supuesto que se concluya que el Acuerdo contiene condiciones de acceso,
2. Si el Acuerdo Marco de Colaboración es válido y eficaz, y despliega todos sus efectos

A tal efecto, se analiza el servicio combinado que COMUNITEL pretende prestar a los usuarios finales y el Acuerdo Marco de Colaboración con el objeto de determinar si efectivamente se establecen condiciones de acceso.

II.4. Análisis del servicio final que se pretende prestar y del Acuerdo Marco de Colaboración.

Primero.- El servicio final que COMUNITEL pretende prestar a los usuarios.

El servicio que COMUNITEL quiere prestar a sus clientes es el servicio integrado fijo-móvil denominado “Servicio Combinado Comunitel”, que pretende ser una oferta comercial de COMUNITEL que consiste en prestar conjuntamente el servicio fijo de COMUNITEL y el servicio móvil que proporciona AMENA, bajo la marca COMUNITEL, pero indicando en todo momento que el servicio móvil está prestado por AMENA.

Se establecería, por tanto, una relación jurídica entre COMUNITEL y sus clientes cuyas condiciones no se recogen en el Acuerdo Marco, y otra distinta entre COMUNITEL y AMENA cuyas condiciones sí se recogen en el Acuerdo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Marco. En dicho acuerdo se determinan las obligaciones que pesan sobre uno y otro operador, que se analizan posteriormente.

Segundo.- Contenido del Acuerdo Marco de Colaboración.

El Acuerdo Marco de Colaboración entre AMENA y COMUNITEL, de fecha 18 de diciembre de 2002, pretende, según el Expositivo IV, *“establecer un marco de colaboración entre las partes mutuamente provechoso que les permita: incrementar su penetración en el mercado, su facturación y reforzar la fidelización de sus respectivas carteras de clientes.”*

En el Expositivo I, se presenta a AMENA como prestador del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS 1800, mientras que en el Expositivo II COMUNITEL figura como prestador del servicio de telefonía fija disponible al público, así como diversos servicios de telecomunicaciones. Concluye el Expositivo II señalando que *“Comunitel pretende aprovechar esta experiencia exitosa [en el sector] para comercialización de los servicios de comunicaciones móviles personales prestados por Amena”*.

La cláusula primera, referida al objeto del acuerdo, señala lo siguiente:

“El objeto del presente contrato es la definición de un marco de colaboración entre Retevisión Móvil y el Grupo COMUNITEL en el ámbito de la comercialización y distribución, la atención a los clientes que se deriven de la relación, la prestación de servicio postventa y la facturación y gestión del cobro para aquellos clientes de empresa y SOHO (autónomos) de COMUNITEL que ésta incorpore al servicio de telefonía móvil.” (Subrayado propio)

En virtud del Acuerdo Marco de Colaboración firmado entre COMUNITEL y AMENA, la primera se compromete a desarrollar una actividad tendente a incorporar a clientes de empresa y autónomos, que pertenezcan a su cartera, al servicio de telefonía móvil que presta AMENA. Para ello, COMUNITEL comercializará el servicio de telefonía móvil de AMENA, prestará el servicio de atención al cliente correspondiente al mismo, y realizará su facturación, asumiendo la gestión de cobro de los clientes.

En el Acuerdo Marco analizado se insiste en esta idea, recogiendo en la estipulación undécima, relativa al principio de actuación comercial, que *“Retevisión Móvil y Comunitel se comprometen a adoptar, como principio general de sus relaciones comerciales, que Comunitel comercialice los servicios de los que es concesionaria Retevisión Móvil...”*

En consecuencia, a tenor de lo establecido por las partes en la cláusula primera y sin perjuicio del resto del clausulado del acuerdo, COMUNITEL



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizará las siguientes actividades en relación con el servicio de telefonía móvil:

- Comercialización del servicio.
- Atención al cliente.
- Servicio postventa
- Facturación y gestión de cobro

Las condiciones fundamentales del Acuerdo Marco suscrito son las siguientes:

- COMUNITEL comercializará los servicios de telefonía móvil DCS 1800 y cualquiera otros que AMENA prestase o tuviera autorización administrativa para su prestación (Estipulación Décima), y se refiere a todos los productos y servicios de comunicaciones móviles personales de AMENA, tal y como esta última los defina (Estipulación Décima, apartado 1). La oferta de servicios ha de ser universal, abarcando todos los productos y servicios que AMENA comercializa y oferta en el mercado, sin poder COMUNITEL dejar de ofrecerlos y comercializarlos (Estipulación Décima, apartado 9).
- COMUNITEL comercializará el servicio bajo su propio nombre comercial. En cualquier caso, la comercialización de productos del servicio incorporará tanto la marca con la que AMENA tenga identificado el producto como la de COMUNITEL, prevaleciendo la primera para este tipo de servicios. La marca COMUNITEL figurará adicionalmente a la de AMENA en los displays de los terminales. COMUNITEL trasladará, asegurará el conocimiento y comunicará la marca genérica del servicio propiedad de AMENA y, la hará constar visiblemente en sus contratos y en sus relaciones con los clientes. (Estipulación Décima, apartado 6).
- COMUNITEL será responsable del servicio de atención al cliente, dentro de su ámbito de actuación, garantizando, como mínimo, los criterios de calidad definidos por AMENA, en cuanto responsable último del cumplimiento del servicio ante los clientes y la Administración. Ambas partes asegurarán, en términos técnicos y operativos, la interoperabilidad entre sus respectivos centros de atención al cliente, de forma que cualquier información que pueda ser requerida para atender a un cliente esté disponible en tiempo real o equivalente (Estipulación Décima, apartado 2).
- AMENA actuará como respaldo o soporte (Back-up) para aquellas actuaciones específicas que requieran de su intervención. En esta línea, en aquellos casos en que se haga necesario que la atención de un cliente se haga por el centro de atención de AMENA, éste, en principio, se identificará como centro de atención al cliente de COMUNITEL (Estipulación Décima, apartado 2).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- COMUNITEL hará constar en el contrato que el operador de los servicios contratados es AMENA, así como el resto de condiciones que este hecho pueda suponer. Asimismo, expresará en el contrato que presta el servicio en base a un acuerdo formalizado con AMENA, y que, durante la vigencia del mismo, será COMUNITEL quien llevará a cabo la gestión del cliente y la facturación (Estipulación Décima, apartado 3)
- COMUNITEL decidirá y comunicará inmediatamente a AMENA el alta y/o la baja de cualquier cliente a efectos de su activación y/o desactivación en la red como clientes, cuya relación comercial gestiona COMUNITEL, del servicio de telefonía móvil de AMENA (Estipulación Décima, apartado 3).
- Según se establece en el Acuerdo de Colaboración, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación aplicables a los servicios de telecomunicaciones, las tarifas de las comunicaciones móviles personales prestadas por AMENA serán las mismas en todo el territorio de la concesión para los productos y servicios individualizados integrados en ella. Por lo tanto, las tarifas aplicadas por COMUNITEL serán las mismas que las previstas para los servicios que presta AMENA. No obstante, COMUNITEL podrá realizar ofertas globales, integrando conjuntamente, en una tarifa global, el servicio de telefonía móvil con los otros servicios que presta este operador. El importe de esta tarifa global deberá superar necesariamente el de las tarifas individuales de los servicios de comunicaciones móviles personales integrados en dicha oferta, así como en el epígrafe relativo a las comunicaciones móviles personales COMUNITEL reflejará el importe íntegro trasladado por AMENA (Estipulación Décima, apartado 8).
- Se prevé que AMENA se abstenga de realizar acciones comerciales sobre aquellos usuarios de los que tenga constancia que son clientes de COMUNITEL (Estipulación Décima, apartado 1).
- COMUNITEL procederá a la facturación y cobro de los clientes con los datos que, a este efecto, le proporcione AMENA (Estipulación Décima, apartado cuatro). La tarificación y el cálculo de la facturación será efectuada por AMENA, y COMUNITEL será el responsable de la emisión y cobro de la factura (Estipulación Decimotercera, apartado 1).
- COMUNITEL establecerá las medidas legales oportunas a fin de habilitar a AMENA para facturar directamente a sus clientes del servicio de telefonía móvil en el caso de ruptura del acuerdo. COMUNITEL facilitará a AMENA el acceso a cuanta información fuera necesaria a fin de mantener la relación con los clientes y la prestación del servicio sin alteración alguna. (Estipulación Octava).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- COMUNITEL abonará a AMENA la recaudación realizada, correspondiente al servicio de telefonía móvil, asumiendo COMUNITEL el riesgo de impago de los clientes. En las facturas emitidas por COMUNITEL, deberá figurar de forma clara que los servicios objeto de este Acuerdo son prestados por AMENA, debiendo aprobar ésta última expresamente la forma en que se deberá reflejar la facturación del móvil en dichas facturas (Estipulación Décima, apartado 4).
- AMENA retribuirá mensualmente a COMUNITEL una comisión en concepto de prestación de los servicios de comercialización y gestión de los clientes comunes, que “ascenderá al 20% de la facturación total en el caso de clientes de nueva captación, y al 15% en el caso de clientes captados por COMUNITEL y que pertenecían a la cartera de AMENA”. La liquidación de esta comisión se realizará mensualmente, descontándose de la facturación total de los clientes, a abonar por COMUNITEL a AMENA (Anexo I. Acuerdo económico.)
- Se establece una comisión adicional a la comisión de comercialización en concepto de retribución por el esfuerzo adicional de captación de clientes de la competencia de AMENA (Anexo I. Acuerdo económico.)
- En EL mismo Anexo I, se recoge una comisión de alta por cada línea móvil activada y un apartado relativo a la retribución por consecución de objetivos en relación con las líneas netas medias del periodo y los minutos de tráfico saliente por línea activa.
- AMENA asumirá el coste íntegro de subvención de los terminales móviles y logística asociada en los dos primeros años de vigencia del Acuerdo. Es decir, AMENA facilita los terminales y asume el coste de los mismos. (Anexo I. Acuerdo económico, apartado 5).
- AMENA proporcionará a COMUNITEL bloques de numeración de clientes y de servicios especiales suficientes a efectos de facilitar el funcionamiento operativo del Contrato (Estipulación Duodécima) La gestión de numeración y de tarjetas será realizada por COMUNITEL en base a rangos de numeración previamente acordados entre las partes (Estipulación Decimotercera)
- COMUNITEL gestionará los pedidos de tarjetas en tanto que AMENA establecerá los requerimientos técnicos de las mismas, y proporcionará las que COMUNITEL necesite. Asimismo, COMUNITEL accederá a la información de consumo y tráfico a los efectos de gestionar la facturación de sus clientes y podrá monitorizar información relacionada con la calidad entregada al cliente y cualquier otro tipo de información necesaria para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

atención integral del cliente (Estipulación Decimotercera, sistemas de información)

- AMENA y COMUNITEL dispondrán de sus propios sistemas de información de manera que se garantice la gestión autónoma de los mismos. No obstante, en lo que se refiere a Sistemas de Información de gestión del negocio conjunto ambas partes realizarán sus mejores esfuerzos para adoptar soluciones técnicas compatibles que garanticen la plena intercomunicación de ambos sistemas bajo las indicaciones y requerimientos de AMENA (Estipulación Decimotercera, coordinación)

Tercero.- Análisis del Acuerdo Marco de Colaboración

Del estudio y análisis del contenido del Acuerdo, se pueden extraer las siguientes elementos definitorios del mismo que conducirían a negar su carácter de acuerdo de “acceso”.

Así, en primer lugar, el flujo de cobros y pagos se realiza de la siguiente manera:

- COMUNITEL factura y cobra por el servicio al cliente.
- COMUNITEL abona a AMENA los importes facturados, descontando un porcentaje (20% o 15%) en concepto de comisión por la prestación de los servicios de comercialización y gestión de los clientes.
- Cuando se produzcan determinadas condiciones, AMENA pagará a COMUNITEL una comisión adicional, en concepto de retribución por el esfuerzo adicional de captación de clientes de la competencia de AMENA.
- Se prevé una comisión por cada línea móvil activada, siempre que el cliente que contrate la línea no pertenezca a la cartera de AMENA.
- Asimismo, se prevé una retribución por consecución de objetivos.

COMUNITEL, dentro de la oferta del Servicio Combinado, puede ofrecer el servicio telefónico móvil más barato que la mera suma de los servicios fijo y móvil, puesto que cuenta con las comisiones a las que nos hemos referido. Sin embargo, las tarifas de las comunicaciones móviles prestadas por AMENA serán las mismas que ésta aplica en todo el territorio para sus productos y servicios. A cambio, le permite a AMENA entrar en el segmento empresarial, aportando COMUNITEL su cartera de clientes, a los que AMENA presta el servicio telefónico móvil, aunque el contrato del Servicio Combinado se suscriba únicamente con COMUNITEL (los clientes –usuarios finales- lo son de COMUNITEL) y sea esta última la que gestione la comercialización del servicio, la atención al cliente, el servicio postventa y la facturación y cobro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, el clausulado del Acuerdo establece que AMENA realice determinadas actuaciones que tienen sentido en el marco de un acuerdo concreto suscrito entre ambos operadores (el Acuerdo Marco de Colaboración firmado el 18 de diciembre de 2002). Estas actuaciones que AMENA tiene que realizar se pueden calificar como actuaciones de “colaboración”, tal y como se menciona en el propio Acuerdo suscrito –cláusula primera: “Objeto”-, como en cláusulas posteriores (colaborar con COMUNTEL para la optimización del servicio, coordinarse con COMUNTEL para la actividad publicitaria que este operador lleve a cabo de los servicios de AMENA...), dado que se trata de una actuación conjunta.

Aunque algunas de las actuaciones se concretan en una prestación determinada (suministrar terminales, proporcionar bloques de numeración de clientes, facilitar la información de consumo y tráfico, facilitar el modelo de contrato...), estas actuaciones son necesarias para que COMUNTEL comercialice el servicio móvil de la forma pactada, y no para su prestación, dado que quien presta el servicio telefónico móvil sigue siendo AMENA. Prueba de ello es que COMUNTEL hará constar en el contrato con el cliente que el operador del servicio telefónico móvil contratado es AMENA, que la marca de COMUNTEL figurará adicionalmente a la de AMENA en los displays de los terminales, y que AMENA facturará directamente a sus clientes del servicio de telefonía móvil en el caso de ruptura del acuerdo.

Para articular el objeto del contrato –en concreto, con el fin de que COMUNTEL pueda realizar la actividad convenida de comercialización de los servicios de telefonía móvil de AMENA a sus clientes-, se requieren otras actuaciones que implican que AMENA se abstenga de realizar ciertas operaciones (realizar acciones comerciales sobre aquellos usuarios de los que tenga constancia que son clientes de COMUNTEL,...).

Por último, las condiciones económicas que se recogen en el anexo I del Acuerdo, por el que *“se establecen las bases para la comercialización y gestión de clientes conjuntos entre ambas compañías”*, impiden concluir que nos encontremos ante un acuerdo de acceso.

En primer lugar, puesto que es AMENA quien retribuye a COMUNTEL con determinadas comisiones por las actuaciones de comercialización y de alta de nuevos clientes. Carecería de sentido que AMENA retribuyera a COMUNTEL si, como alega la solicitante, AMENA le prestara alguna clase de acceso. En segundo lugar, que las condiciones de facturación del servicio telefónico móvil las determina siempre AMENA. Dicho operador establece los importes de facturación que deberá abonarle COMUNTEL por la prestación del servicio telefónico móvil, además de realizar los cálculos necesarios y aprobar expresamente la forma en la que se refleje la facturación del servicio móvil en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las facturas remitidas a los clientes (cláusula sexta del Acuerdo). Por último, ha de tomarse en consideración que es AMENA quien asume el coste íntegro de la subvención de los terminales móviles y logística asociada que COMUNITEL comercialice, terminales que en todo momento seguirán los criterios de catalogación y homologación establecidos por AMENA para su propia cartera de clientes. AMENA asume, también, una inversión inicial para acciones conjuntas de marketing.

Estas condiciones distan enormemente de las condiciones económicas que generalmente se acuerdan a nivel mayorista, que suelen estar basadas en la fijación de precios inferiores a los minoristas como consecuencia de la aplicación de descuentos por volumen. Sirva de ejemplo el contrato celebrado entre ABBLA y AIRTEL, al que se refiere COMUNITEL en sus alegaciones, en el que el servicio telefónico móvil se prestaba por AIRTEL a ABBLA en unas condiciones especiales de descuento, y se condicionaba la prestación del servicio móvil por parte de AIRTEL a la constitución de una fianza.

Por otro lado, cabe señalar que COMUNITEL niega que, en virtud del Acuerdo de Colaboración, se convierta en un revendedor o en un operador virtual (figuras bajo las que tradicionalmente se negociaba el acceso), o en un agente o subcontratista de AMENA; y AMENA considera que se trata de una mera distribución.

COMUNITEL argumenta en su escrito la diferenciación del servicio objeto del acuerdo en relación con determinadas figuras. Así, entiende que el **Revendedor** es aquél que compra minutos para posteriormente revenderlos a sus clientes, obteniendo el beneficio consistente en la diferencia entre el precio al que compra los minutos al por mayor y el precio al que revende los minutos a los usuarios finales, desapareciendo de la relación comercial el operador que realmente presta el servicio en cuestión.

En relación con el **Operador Móvil Virtual**, COMUNITEL aduce que aquél ofrece servicios móviles a sus abonados, dispone de su propio código de operador, comercializa sus propias tarjetas SIM y posee una red para la prestación de servicios de telefonía móvil, careciendo de las frecuencias de espectro radioeléctrico.

En cuanto al **Proveedor de Servicios** en el sentido del artículo 5 del Real Decreto 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, COMUNITEL entiende que es un subcontratista del operador habilitado para prestar el servicio de telefonía móvil, de forma que el responsable último frente a los usuarios y frente a la Administración es el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador, pues la relación contractual con los usuarios la mantiene el operador y no el subcontratista.

Considera que el **Agente** contrata con sus clientes por cuenta y en nombre de un tercero sin asumir el riesgo derivado de tales contratos.

Independientemente de la figura jurídica en la que podrían encajar los elementos definitorios del Acuerdo, de lo que en definitiva se trata es de determinar, mediante el análisis del clausulado del Acuerdo, si efectivamente en virtud del mismo se formaliza un “acuerdo de acceso” o, por el contrario, no es objeto del Acuerdo el establecimiento de las condiciones por las que se persiga el “acceso”.

De lo analizado con anterioridad se puede concluir que **la prestación del Servicio Combinado que oferta COMUNITEL**, aunque está formado por dos servicios de comunicaciones electrónicas, no es sino la **solución comercial que agrega ambos servicios y posibilita su contratación conjunta**. De igual manera se ofertan en el mercado de forma integrada servicios conjuntos empaquetados, como voz, acceso a internet y televisión en una sola oferta, **sin que ello suponga un nuevo servicio de comunicaciones electrónicas**.

De hecho, hasta la reciente aprobación de la nueva LGTel, se requerían títulos diferentes para la prestación de uno y otro servicio, como se refleja en los Expositivos del Acuerdo Marco. De esta forma COMUNITEL presta el servicio telefónico fijo y AMENA presta el servicio telefónico móvil en virtud de sus respectivos títulos habilitantes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece claro que el Acuerdo Marco de Colaboración regula los aspectos de **la comercialización y distribución por parte de COMUNITEL del servicio de telefonía móvil que presta AMENA, no siendo objeto del Acuerdo el acceso a redes o servicios de comunicaciones electrónicas, ni para su propio consumo ni con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas**. No tiene por tanto, la caracterización de un acceso, ni por su objeto, ni por su finalidad.

En este mismo sentido, tampoco encajaría en el nuevo concepto de acceso previsto en la Directiva 2002/19/CE, de 7 marzo, relativa al acceso a redes de comunicación electrónica, por cuanto el objeto del Acuerdo Marco tampoco sería la *“puesta a disposición a otros operadores, en condiciones definidas y sobre una base de exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios, con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”*

II.5. Validez jurídica del Acuerdo Marco de Colaboración



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Negado el carácter de acuerdo de “acceso” al Acuerdo Marco de Colaboración suscrito por COMUNITEL y AMENA al no contener los elementos definitorios del mismo, no procedería entrar a analizar la validez jurídica del Acuerdo ya que, en cualquier caso, éste quedaría fuera del ámbito competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En efecto, dada la inexistente obligación de AMENA de facilitar acceso en los términos expresados por COMUNITEL, así como que dicho acuerdo no establece condiciones de acceso sino de comercialización de un servicio prestado por AMENA, el análisis del resto de las cuestiones civiles planteadas en el presente procedimiento quedarían fuera del ámbito de competencias de la Comisión. Máxime cuando las partes han acordado acudir a la vía del arbitraje para resolver los litigios, discrepancias cuestiones o reclamaciones resultantes de la ejecución o interpretación del acuerdo o relacionado con él y por ende la vía civil.

La cláusula decimoséptima contempla el mecanismo para la resolución de conflictos que las partes firmantes del Acuerdo establecieron expresamente. A tal efecto, las partes acuerdan que *“todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje”*.

No obstante, y a los únicos efectos de dar contestación a las alegaciones realizadas por las partes en el presente conflicto de acceso, analizaremos someramente los argumentos presentados.

Una de las controversias suscitadas por las partes en el presente conflicto se refiere a la propia validez del Acuerdo Marco de Colaboración. Se pone en duda por parte de AMENA la existencia de un acuerdo válido y eficaz, mientras que COMUNITEL entiende que el acuerdo fue válido para obligar a AMENA, estando en vigor y desplegando todos sus efectos desde su firma.

El Acuerdo Marco de Colaboración fue suscrito por D. Antonio Portela Alvarez, en representación de COMUNITEL, y por D. José Ferrer de Lucio (figurando la expresión “por Orden” junto a su nombre, sujeto a Ratificación por D. Belarmino García Fernández), en representación de AMENA.

COMUNITEL alega que D. José Ferrer, al firmar “por Orden” de su Director General, que disponía de facultades suficientes para comprometer a la compañía, no estaba actuando en ejercicio de sus facultades propias, sino en virtud de una expresa delegación de las facultades del Director General para ese acto concreto de la firma del Acuerdo, por lo que el Sr. Ferrer estaba



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expresamente autorizado para actuar en nombre de AMENA y para comprometer y obligar a AMENA.

En consecuencia, continúa señalando la solicitante que la ratificación de D. Belarmino García Fernández a la que se refiere el Acuerdo constituye un trámite que no afecta a la existencia, validez y plena eficacia del Acuerdo, y que dicha ratificación se produjo tácitamente y se deriva de hechos concluyentes, como es el comienzo de la ejecución de lo pactado.

Por su parte, AMENA alega que, al carecer D. José Ferrer de facultades para vincular a AMENA en los términos previstos, dicho acuerdo no desplegaría eficacia hasta que dicha ratificación se hubiera producido. Entiende que la expresión “por Orden” debe interpretarse conjuntamente con la referencia a la necesidad de ratificación por D. Belarmino García Fernández que se hace inmediatamente a continuación, de lo que se desprende que las instrucciones del Sr. Ferrer eran las de firmar el contrato sujeto a la ratificación del mismo por el Sr. García Fernández, con pleno conocimiento de COMUNTEL de la necesidad de dicha ratificación para la validez del acuerdo.

Continúa señalando AMENA que no se produjo ratificación tácita por parte del Sr. García Fernández, puesto que entiende que AMENA no ha sacado ningún beneficio de todos los meses de negociación empleados en intentar llegar a un acuerdo con COMUNTEL para comercializar su servicio a través de éste. Asimismo, alega que los actos realizados por AMENA con posterioridad a la firma del Acuerdo Marco carecen del carácter inequívoco exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para reconocer la existencia de ratificación tácita.

Ambas partes acordaron que el Acuerdo firmado por D. José Ferrer de Lucio se encontraba sujeto a una posterior ratificación por D. Belarmino García Fernández, persona con capacidad para vincular a AMENA. Ello debe entenderse en este sentido puesto que, si, efectivamente, el Sr. Ferrer hubiera tenido capacidad suficiente para, con en el acto de la firma, obligar a AMENA, carecería de sentido sujetar a ratificación posterior dicha manifestación de voluntad. Por lo tanto, la necesidad de ratificación recogida en los términos del contrato no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes respecto a la necesidad de ratificación posterior del Acuerdo por parte del Sr. García Fernández. La discusión, en consecuencia, debe centrarse en si se produjo con posterioridad la referida ratificación.

El artículo 1.259 del Código Civil establece que:

“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

La mención hecha a la “nulidad” en el artículo transcrito se refiere a la inexistencia del negocio jurídico de que se trate. Es inexistente por falta del elemento esencial de la declaración de voluntad válida. Por lo tanto, la ratificación es la declaración unilateral de voluntad del representado de querer para sí el negocio que se celebró en su nombre sin poder. Es decir, el representante acepta la actuación del gestor o asume sus consecuencias.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en numerosas sentencias a la ratificación referida en el artículo 1.259 del Código Civil:

“Si bien el artículo 1.259 del Código Civil dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, ese mismo artículo 1.259 y el 1727 del mismo Cuerpo legal admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, cuya ratificación purifica el negocio y lo hace válido desde su origen y durante la pendencia de la conditio iuris que la ratificación supone.” (11 octubre 1990, A.C. 32/1991)

“el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación del poder, puede ser ratificado por la persona en cuyo nombre se otorgó, purificando dicha ratificación el negocio y lo hace válido desde su origen; por lo que a sensu contrario, ante la falta de poder suficiente, si posteriormente el mandante no ratifica lo actuado por el mandatario, es nulo el contrato celebrado” (4 diciembre 1995, A.C. 176/1996)

Por lo tanto, la ratificación es necesaria para declarar la validez del contrato, desde la fecha en que fue firmado. El artículo 1.727 del Código Civil señala que

“El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.”

En relación con la ratificación que expresa o tácitamente el mandante puede realizar, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el siguiente sentido;

“Al ser la ratificación una simple manifestación de voluntad, puede realizarse de forma expresa o tácita, y la expresión más elemental de ésta es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato” (26 octubre 1999, A.C. 105/2000)



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“si bien es cierto que el contrato celebrado por el mandatario con los terceros, con poder insuficiente no obliga al mandante, también lo es que puede ser ratificado por éste expresa o tácitamente, forma esta que tiene lugar cuando sin hacer uso de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado o, conociéndolo no se opone a ello, mostrando así su consentimiento concordante con el del tercero” (13 mayo 1991, A.C. 728/1991)

“según reiterada doctrina ... si el mandante se aprovecha de los actos efectuados por el mandatario sin su autorización los ratifica tácitamente y ya no puede ejercitar las acciones de inexistencia o nulidad que contemplan los arts. 1.259 y 1.727.2 del CC, lo que ocurre también cuando el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento, o cuando permite con su actitud que así se crea por terceras personas, vulnerando el principio de buena fe” (18 marzo 1993, A.C. 798/1993)

“Se dice en el motivo, que no se produjo ratificación, pero existen tres cartas remitidas por la ahora recurrente a la actora de 1 y 27 de julio y 19 de agosto de 1994. Así lo proclama la resolución «a quo» cuando afirma en el fundamento jurídico primero de su sentencia que el «dominus negatii» ratificó tácitamente mediante las cartas que obran en el proceso que entrañan mediante actos concluyentes una inequívoca aceptación de lo realizado por el mandatario y que resulta contradictorio con el ejercicio de una acción de nulidad y teniendo en cuenta que la calificación de los actos efectuados por mandatario sin poder pueden producirse, no sólo expresa, sino tácitamente.” (10 julio 2002, 729/2002)

“La Audiencia recoge, además, una amplia cita de jurisprudencia plenamente aplicable al caso, y así acota que el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo, de una voluntad determinada en tal sentido, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones” (19 diciembre 1990)

En el presente caso, la ratificación no se produjo ni de forma expresa ni tácitamente, dado que no puede decirse que AMENA se aprovechara de los actos efectuados por el mandatario (la negociación del Acuerdo Marco supuso para ambas entidades una gran inversión de trabajo y tiempo, a pesar del infructuoso resultado; no puede entenderse que AMENA sacara provecho de dicha inversión), ni ratificó mediante actos inequívocos o concluyentes el Acuerdo Marco (las actuaciones posteriores a la firma únicamente pueden entenderse como actos preparatorios de la futura ejecución que no es otra que la comercialización del servicio de telefonía móvil que presta AMENA; dicha comercialización nunca se llegó a producir), por lo que no puede atribuírsele dicha aceptación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De todo lo anterior, puede deducirse la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la declaración de voluntad válida.

II.6. Contestación a las alegaciones de las partes al trámite de audiencia.

Primera- En relación con la necesidad de acceso a la red/servicio de AMENA para la prestación del servicio combinado.

Una de las alegaciones de COMUNITEL se refiere al hecho de que el término acceso no se mencione ni se incluya en el objeto del Acuerdo Marco. La solicitante manifiesta que *“no es necesario que se mencione expresamente... para que la obligación de dar acceso al servicio telefónico móvil de AMENA se desprenda del alcance general de los términos y condiciones del Acuerdo Marco.”* Continúa señalando que *“el cumplimiento del objeto del Acuerdo Marco no es posible si AMENA no proporciona acceso a su servicio de telefonía móvil a COMUNITEL, dado que ésta carece de los medios materiales (red y demás recursos asociados a la misma) y de título habilitante... En otras palabras, el acceso al mencionado servicio es necesario para que posteriormente COMUNITEL pueda comercializarlo conjuntamente con su servicio de telefonía fija, en lo que sería el Servicio Integrado Fijo-Móvil”*

Como ya se ha señalado en el punto anterior, y coincidiendo con las alegaciones de COMUNITEL, el posible acceso a una red o servicio de un operador se deduce de las condiciones que las partes establezcan en los acuerdos que formalizan, por lo que las obligaciones de acceso se deducirían del propio clausulado de los acuerdos. No obstante, esta Comisión entiende que el cumplimiento del objeto del Acuerdo Marco es perfectamente posible sin “acceder” a la red/servicio de AMENA. COMUNITEL podría prestar el Servicio Combinado de continua referencia sin que fuera necesario un acceso previo. Las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco, y que ya han sido analizadas diseñan un escenario que permitiría a COMUNITEL comercializar conjuntamente el servicio de telefonía fija que ella misma ofrece y el servicio telefónico móvil que proporciona AMENA.

El acuerdo se centra en el servicio telefónico móvil disponible al público que presta AMENA, de hecho, una de las causas de extinción del contrato es la revocación, extinción o modificación sustancial de la licencia que ostenta AMENA. Nada se dice del título habilitante de COMUNITEL en cuanto a causas de extinción. A los efectos exclusivos de la relación entre AMENA y COMUNITEL plasmada en el Acuerdo de Colaboración, lo relevante no es que COMUNITEL preste el servicio telefónico fijo disponible al público, sino que AMENA preste el servicio telefónico móvil, de forma que se posibilite su comercialización conjunta.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con el concepto de acceso, COMUNITEL señala en su escrito que

“es importante tener en cuenta que, de conformidad con el criterio adoptado por esta Comisión en las mencionadas resoluciones [resoluciones de 12 de diciembre de 2002 y 6 de febrero de 2003, AIRTEL MOVIL, S.A y ABBLA MOBILE, S.A., Exp.: RO 2002/7056], lo relevante a los efectos de calificar un acuerdo como de acceso es que, en virtud de dicho contrato una de las partes se obligue a proporcionar a la otra parte acceso (en el sentido anteriormente expresado),[acceso a redes y a servicios] y ello “con independencia de la finalidad a la que se vaya a destinar posteriormente el servicio contratado” (Fundamento Jurídico Primero in fine de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 de esta Comisión y Fundamento Jurídico Primero 3 de la Resolución de 6 de febrero de 2003)”

Sin embargo, lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores no se contradice con lo señalado en las Resoluciones mencionadas por COMUNITEL. En la Resolución de 12 de diciembre de 2002, lo que se argumenta es que la calificación de un Acuerdo, como acuerdo de acceso al servicio telefónico móvil disponible al público, es independiente de la finalidad a la que se vaya a destinar el servicio contratado. Es decir, el acceso, que se puede producir tanto a la red como al servicio, no se desvirtúa por el hecho de que se acceda para el propio consumo (usuario final) o para la posterior prestación de otros servicios de comunicaciones electrónicas.

En el marco de la citada Resolución, se concluye, en su apartado segundo, punto 2.4, que *“de conformidad con la interpretación realizada en el presente Fundamento de Derecho, consideramos que ABBLA no desvirtuó el objeto del Acuerdo al revender el servicio telefónico móvil disponible al público que a su vez adquiría a AIRTEL, por ser precisamente ésta la finalidad que subyacía en el propio Acuerdo y en su ejecución posterior y por ser conocida y consentida esta circunstancia por AIRTEL desde el inicio de la ejecución de dicho Acuerdo”*. Como señala la propia COMUNITEL, lo relevante es que, en virtud de dicho contrato, una de las partes se obligue a proporcionar a la otra parte acceso.

En el caso de ABBLA, el objeto del Acuerdo, voluntariamente celebrado entre las partes, era *“la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público y el suministro de terminales”* y, consecuentemente, el acceso al referido servicio. Este objeto, según señala la propia Resolución, no quedaba desvirtuado por la reventa posterior del servicio telefónico móvil que ABBLA realizaba. De ahí que se obligase a AIRTEL al cumplimiento de lo libremente acordado. Sin embargo, en el presente supuesto, como se mencionó anteriormente, COMUNITEL no accede a la red o al servicio ni para consumo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propio ni para la prestación del servicio telefónico móvil, dado que este último es prestado en todo momento por AMENA.

Segunda.- En relación con la oferta AMENA/AUNA

En relación con las alegaciones de COMUNITEL sobre la oferta conjunta AMENA/AUNA recogidas en los antecedentes de hecho, y del análisis de las ofertas comerciales conjuntas realizadas por ambas entidades, no parece deducirse identidad con el “Servicio Combinado Comunitel”, ni la integración de los servicios de telefonía fija y móvil, todo ello en base a los siguientes aspectos.

El “Servicio Combinado Comunitel” sería comercializado únicamente por COMUNITEL, a la que correspondería la atención al cliente, el servicio postventa y la facturación y gestión de cobro. Lo característico de esta oferta consiste precisamente en que un único operador **ofertaría** ambos servicios a los clientes (usuarios finales). Sin embargo, en la oferta conjunta AMENA/AUNA, ambas entidades gestionarían íntegramente y comercializarían cada una de ellas el servicio telefónico que prestan, es decir, el servicio telefónico fijo y el servicio telefónico móvil, recibiendo el cliente facturaciones separadas. Asimismo, lo que se produciría sería una aplicación recíproca de tarifas especiales para determinadas llamadas, sin que ninguna de las referidas entidades comercializase el servicio prestado por la otra. Las condiciones especiales de la oferta AMENA/AUNA son limitadas a llamadas específicas sin que se produzca una integración de ambos servicios.

Por todo ello, y por tratarse de condiciones diferentes, no puede justificarse la existencia de trato discriminatorio en perjuicio de COMUNITEL. Ello sin perjuicio de que COMUNITEL solicite a AMENA la aplicación de las mismas condiciones en interconexión que las que se estuviera aplicando en la oferta especial AMENA/AUNA.

Tercera.- En relación con el sentido del silencio administrativo alegado por COMUNITEL.

COMUNITEL, interpretando el artículo 43 de la LRJPAC, entiende estimada por silencio administrativo la solicitud formulada a esta Comisión, lo que comunica a los efectos oportunos.

El artículo 43 de la LRJPAC establece lo siguiente:

“1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo.

2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio (...)

3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento (...)"

En el presente procedimiento, iniciado a instancia de COMUNITEL, aparecen involucrados intereses contrapuestos (por un lado COMUNITEL y por otro lado AMENA). Por ello, esta Comisión, no puede acceder sin más a la solicitud de COMUNITEL, al no ser éste un procedimiento en el que se deban considerar sólo los intereses de la solicitante.

En efecto, la aplicación del silencio positivo produciría resultados claramente perjudiciales para AMENA, que tendría que asumir, por el simple efecto de la falta de resolución en plazo, unas obligaciones que COMUNITEL entiende existentes, pero que, en ningún caso, se puede afirmar que sean conforme a Derecho. Por tanto, la aplicación de la regla prevista en el artículo 43.2 puede conducir a resultados contrarios al ordenamiento jurídico pues, en virtud de la falta de resolución en plazo por parte de esta Comisión, se produciría a un tercero perjuicios irreparables. Si bien es cierto que AMENA podría recurrir, en reposición ante la CMT o en sede contencioso-administrativa contra esta estimación presunta, no es menos cierto que el acto presunto estimatorio crearía una situación jurídica que afectaría directa e inmediatamente a la esfera jurídica de terceros a quienes no es imputable la falta de resolución en plazo. No parece que sea esa la intención del legislador al configurar la regla general del silencio positivo. Puede afirmarse que tal figura está diseñada para imponer o levantar condiciones al ejercicio de derechos que forman parte de la esfera patrimonial de los administrados (de ahí el carácter desestimatorio del silencio en el caso de ejercicio del derecho de petición, en el que no existe esos previo derecho subjetivo).

La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJPAC, señalaba:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(…) No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, **esta situación de falta de respuesta por la Administración – siempre indeseable- nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legalmente impuestas.**”*

Difícilmente puede esta figura aplicarse a unos procedimientos en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercita una potestad que, en definitiva, resuelve contradictoriamente, en garantía de los intereses públicos, una cuestión que afecta de manera importante, no sólo a la esfera jurídica del solicitante, sino también a otros operadores afectados por la misma.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999, señala que *“del silencio administrativo no pueden resultar facultades o derechos que el particular afectado no hubiera podido adquirir por no pertenecer a su esfera patrimonial o jurídica”*

Téngase en cuenta que la solicitud de intervención de esta Comisión en la resolución de un conflicto de acceso o interconexión, que se presenta por un operador de manera voluntaria, y que vincula a las partes, conlleva un carácter **de mediación**, que lo aleja de las solicitudes de otorgamiento o reconocimiento de derechos adecuados para la aplicación del silencio positivo.

Esta Comisión, se ha pronunciado ya en este sentido, en sus Resoluciones de fechas 8 de mayo de 2002 (Exp. DT 2001/5502) y 11 de julio de 2002 (Exp. MTZ 2000/2393).

La aplicación del silencio administrativo en ningún caso puede suponer una resolución contraria al ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad en la actuación administrativa. Cabe citar, como exponentes de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de 28 de octubre de 1988, en la que se resuelve que:

“El Derecho Administrativo en su objetivo de armonización de las prerrogativas exorbitantes de la Administración con la garantía del administrado ha admitido la figura del silencio administrativo positivo para aquellos supuestos, en lo que ahora importa, en los que se trata de remover un obstáculo que se opone al ejercicio de un derecho que ya ostenta el administrado como ocurre en el ámbito de las licencias (...) Esta solución positiva resulta plenamente satisfactoria para el administrado, asegurándole frente a la inactividad administrativa, pero resulta peligrosa para el interés público pues puede dar lugar a aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico. Justamente por ello para la producción del silencio positivo se exigen



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

unos requisitos formales –que se haya presentado la documentación adecuada al tipo de licencia que se trate- y materiales –que el resultado no vulnere el ordenamiento jurídico-.

Y la sentencia de 4 de abril de 1997, que indica que:

“el silencio positivo constituye una solución satisfactoria para el administrado, asegurándole el acto o decisión frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 de octubre de 1988 y 19 de noviembre de 1990, entre otras); y de ahí que, como se ha adelantado, el silencio no pueda ser utilizado como cauce para obtener derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico”.

Por cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones

RESUELVE

Primero.- El Acuerdo Marco de Colaboración suscrito entre COMUNITEL GLOBAL, S.A. y RETEVISIÓN MOVIL S.A., con fecha 18 de diciembre de 2002, que regula la comercialización y distribución del servicio de telefonía móvil prestado por RETEVISIÓN MÓVIL, S.A., no contiene condiciones de acceso a redes o servicios de comunicaciones electrónicas, de conformidad con la normativa sectorial vigente.

Segundo.- Desestimar la solicitud de intervención instada por COMUNITEL GLOBAL, S.A. en todos sus términos.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO,

Vº . Bº . LA VICEPRESIDENTA,

Jaime Velázquez Vioque.

Elisa Robles Fraga