



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 27/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2003/1742, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO COMO CONSECUENCIA DE UN ESCRITO PRESENTADO POR ABBLA MOBILE, S.A. SOBRE EL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE AIRTEL MÓVIL, S.A. Y ABBLA MOBILE, S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 12 de diciembre de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa al conflicto de acceso entre Airtel Móvil, S.A. (ahora Vodafone España, S.A., en adelante VODAFONE) y Abbla Mobile, S.A. (en adelante, ABBLA), sobre reventa del servicio telefónico móvil.

La citada Resolución estableció lo siguiente:

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

SEGUNDO. - Facultar a ABBLA MOBILE, S.A. y a AIRTEL MÓVIL, S.A. a exigirse recíprocamente el cumplimiento del Acuerdo Especial referido a la “Renegociación” que se recoge en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000, considerando que uno de los objetivos de dicha renegociación es la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales, de conformidad con la voluntad inicial de AIRTEL MOVIL, S.A. y ABBLA MOBILE, S.A. inferida a partir de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interpretación del Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000, realizada en el Fundamento de Derecho Segundo y de las actuaciones realizadas por las partes como complemento de la relación contractual escrita.

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

Frente a la expresada Resolución, VODAFONE interpuso ante esta Comisión recurso potestativo de reposición, resuelto mediante Acuerdo de 6 de febrero de 2003, confirmándose íntegramente.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 15 de octubre del mismo año, el representante legal de ABBLA manifestó que:

“sin perjuicio de reservarse ABBLA MOBILE, S.A. la reclamación de daños y perjuicios causados por el reconocido incumplimiento por parte de AIRTEL MÓVIL, S.A. de los documentos contractuales en su día suscritos, mi representada ha venido persiguiendo sin tregua ni pausa y por todos los medios a su alcance el cumplimiento por parte de la dicha AIRTEL MÓVIL, S.A. no solo de los contratos de abril de 2000 sino también y especialmente del pronunciamiento dictado por este Organismo en el acuerdo segundo de la Resolución relativo a la renegociación de aquellos aspectos cuya revisión o completamiento fueran precisos para la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.”

Asimismo, en el citado escrito el representante legal de ABBLA manifestó:

“9º.- Que a pesar de solicitar la renegociación del contrato con fecha 27 de diciembre, AIRTEL MÓVIL, S.A. sólo ha facilitado un borrador de contrato (DOCUMENTO 5) que fue contestado y completado por ABBLA MOBILE, S.A. (DOCUMENTO 6), sin que la primera oferta económica, insistimos, aspecto este esencial de un contrato de reventa, fuese enviada a ABBLA MOBILE, S.A. hasta el 4 de abril, es decir, transcurrido el plazo otorgado por la Comisión para alcanzar un nuevo acuerdo.

(...)

10º.- Que, a partir del 1 de abril de 2.003 y a petición de ABBLA MOBILE, S.A., las negociaciones entre ambas compañías fueron asumidas por el Presidente de ABBLA MOBILE, S.A. y el Consejero Delegado de AIRTEL, S.A., con objeto de alcanzar un nuevo contrato de reventa o eventualmente resolver el contrato de 11



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de abril de 2.000, sin que dichas negociaciones hayan fructificado en acuerdo alguno.”

Tras exponer los antecedentes y fundamentos que constan expresados así como los que tuvo por conveniente, junto con los documentos acompañados, el representante legal de ABBLA vino a solicitar a esta Comisión lo siguiente:

“Que habiendo por presentado este escrito junto con los documentos que el acompañan, los admita, tenga por hechas las manifestaciones que anteceden y tome razón del absoluto incumplimiento por parte de AIRTEL MÓVIL, S.A. de lo ordenado en la Resolución de 12 de diciembre de 2002 dotada de ejecutividad.”

TERCERO. Una vez analizada toda la documentación remitida junto con el referido escrito, así como los antecedentes que obran en esta Comisión respecto del conflicto de acceso que trae causa (expediente RO 2002/7056) y el recurso administrativo interpuesto (expediente AJ 2003/57), con anterioridad al acuerdo de iniciación de los procedimientos administrativos que procedieran, en su caso, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos de fecha 9 de diciembre de 2003 se informó a VODAFONE y ABBLA de la apertura de un período de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias concretas del caso y, consecuentemente, la conveniencia o no de iniciar los correspondientes procedimientos.

Asimismo, en el escrito respectivo se requirió a ABBLA la remisión de la siguiente información:

1. Copia de la declaración de ingresos brutos de explotación correspondiente al ejercicio 2002, presentada por ABBLA ante esta Comisión conforme lo dispuesto por el artículo 23 del Reglamento de Tasas, aprobado por Real Decreto 225/1998, de 31 de julio.
2. Documento acreditativo del número de clientes de ABBLA en la fecha del requerimiento, cuyo servicio de telefonía móvil revendido correspondiera con el servicio prestado por VODAFONE.
3. Copia de la última factura satisfecha por ABBLA a VODAFONE, emitida en el marco del Acuerdo de servicio GSM AIRTEL suscrito entre ambas entidades en fecha 11 de abril de 2000.

Con respecto a VODAFONE, se le requirió la siguiente información:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Tarifas y cuotas generales vigentes para el Servicio Red Empresas de Airtel Móvil, S.A. a fecha 11 de abril de 2000, distinguiendo la modalidad Sin Horarios y la modalidad Extra.
2. Tarifas y cuotas generales vigentes para el Servicio Red Empresas Sin Horarios de VODAFONE a fecha 27 de diciembre de 2002.
3. Tarifas y cuotas generales vigentes para el Servicio Red Empresas Sin Horarios de VODAFONE a fecha 4 de abril de 2003.
4. Tarifas y cuotas generales vigentes para clientes residenciales de postpago de VODAFONE a fecha 4 de abril de 2003.

CUARTO. En fecha 19 de diciembre de 2003, un representante de VODAFONE consultó el expediente incoado de actuaciones previas, obteniendo copias de los documentos que tuvo por oportunos, según consta acreditado en la diligencia correspondiente.

QUINTO. Mediante escrito de fecha 24 de diciembre de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 29 de diciembre del mismo año, ABBLA presentó alegaciones en el marco de las actuaciones previas incoadas, aportando, asimismo, la información requerida.

En concreto, ABBLA remitió copia de la declaración de ingresos de explotación correspondientes al ejercicio 2002, en concepto de reventa de telefonía móvil; una nota informativa de franqueo y certificación expedidos por la compañía utilizada para el envío a sus clientes de las facturas de reventa de telefonía móvil, acreditativa tanto del número de clientes activos de ABBLA correspondientes al último ciclo de facturación, como de que los importes que aparecen reflejados en dicha nota informativa se refieren a facturas de telefonía móvil emitidas por ABBLA a sus clientes; y la última factura emitida por VODAFONE a ABBLA correspondiente al periodo comprendido entre el día 5 de noviembre y el día 4 de diciembre de 2003, emitida en el marco del Acuerdo entre ambas entidades de fecha 11 de abril de 2000, así como justificación documentada del abono por parte de ABBLA de dicha factura.

En cuanto a las alegaciones presentadas por ABBLA, dicha entidad manifestó lo siguiente:

- De manera categórica, su voluntad de *“continuar el desarrollo de la actividad de reventa del servicio telefónico móvil, en cumplimiento del contrato de 11 de abril de 2000 suscrito con VODAFONE y, en particular, de renegociar y actualizar los términos de dicho contrato”*, si bien ABBLA señala que el desarrollo pleno de su actividad depende fundamentalmente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de que VODAFONE cumpla materialmente la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2002.

- VODAFONE nunca habría ofrecido a ABBLA *“unas condiciones económicas que permitan a esta compañía una operativa negocial de reventa”*, generando un estancamiento del negocio acordado entre ambas, hasta que una resolución judicial o administrativa imponga coercitivamente la renegociación del contrato de 11 de abril de 2000 en condiciones sustantivas y económicas que permitan la verdadera continuidad y desarrollo en crecimiento de la relación negocial de reventa.

SEXTO. Mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 de diciembre del mismo año, VODAFONE presentó alegaciones en el marco de las actuaciones previas incoadas, aportando, asimismo, la información requerida.

En concreto, VODAFONE remitió a esta Comisión las tarifas y cuotas generales vigentes para el servicio denominado Red Empresas de Airtel Móvil, S.A. a fecha 11 de abril de 2000, distinguiendo la modalidad Sin Horarios y la modalidad Extra (Anexo 1 del escrito); las tarifas y cuotas generales vigentes para el servicio denominado Red Empresas Sin Horarios de VODAFONE a fecha 27 de diciembre de 2002 (Anexo 2 del escrito); tarifas y cuotas generales vigentes para el servicio denominado Red Empresas Sin Horarios de VODAFONE a fecha 4 de abril de 2003 (Anexo 3 del escrito); y tarifas y cuotas generales vigentes para clientes residenciales de postpago de VODAFONE a fecha 4 de abril de 2003 (Anexo 4 del escrito).

En cuanto a las alegaciones presentadas por VODAFONE en su escrito de fecha 23 de diciembre de 2003, dicha entidad manifestó lo siguiente:

- Como consideración preliminar, el cumplimiento puntual de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, prestando a *“ABBLA sin restricción el servicio telefónico móvil en las condiciones establecidas en el acuerdo de servicio de GSM AIRTEL de 11 de abril de 2000 suscrito entre las partes”*. Asimismo, *“haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado SEGUNDO de la parte dispositiva de la citada Resolución, ha instado la renegociación de ese Acuerdo con vistas, entre otros objetivos, al establecimiento de unas nuevas condiciones que dieran lugar a la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales”*.
- Con respecto al supuesto incumplimiento del apartado primero de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, VODAFONE alega que, desde que le fue notificada, *“ha prestado el servicio telefónico móvil a ABBLA en las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

condiciones técnicas, jurídicas y económicas establecidas en el Acuerdo de 11 de abril de 2000, sin expresar ni aplicar restricción alguna por el hecho de que ABBLA pudiera destinar ese servicio telefónico a la reventa”.

- En cuanto al suministro de nuevas líneas, VODAFONE manifiesta que ABBLA *“no ha tenido a bien solicitar nuevas líneas con arreglo a las condiciones establecidas en ese Acuerdo, limitándose a exigir una y otra vez, para justificar su actitud, prestaciones que no aparecían recogidas en el Acuerdo de 11 de abril de 2000 y que, por tanto, antes de ser aplicadas, exigían la oportuna negociación de unas nuevas condiciones y el mutuo acuerdo de las partes.”*
- En relación con el denominado “Plan renove” de terminales, VODAFONE alega que no cabe atribuirle ningún posible incumplimiento, por cuanto en el Acuerdo de 11 de abril de 2000 *“no se estableció ningún sistema concreto que configurara una obligación exigible en cuanto a la renovación de terminales.”* En ese sentido, se argumenta que el posible establecimiento de un sistema de renovación de terminales se dejó abierto en el Acuerdo, limitándose éste a señalar que, transcurridos 12 meses desde su celebración, VODAFONE estudiaría su eventual establecimiento. Así, el sistema seguido por las partes desde el año 2001 habría sido *“la renovación de terminales con arreglo al programa de fidelización por puntos, incluyendo el suministro de terminales con cargo a créditos de puntos aún no generados.”*
- Respecto de la actualización del Plan de Precios, VODAFONE alega que *“mientras no se renegociasen unas nuevas condiciones, resultarían de aplicación las condiciones establecidas en el Acuerdo de 11 de abril de 2000 incluyendo, por tanto, las condiciones económicas (tarifas y descuentos) pactadas en ese Contrato.”* En tal sentido, continúa exponiendo la entidad alegante que *“las tarifas y descuentos pactados por las partes que conforman esas condiciones económicas se han aplicado puntualmente, tanto en lo referente a tarifas como en lo referente a descuentos. Y el apartado PRIMERO de la parte dispositiva de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 obligaba a VODAFONE a prestar el servicio telefónico a ABBLA, sin restricciones, “en las condiciones establecidas en el acuerdo de servicio GSM AIRTEL existente entre las partes”, por lo que ningún incumplimiento de esa Resolución cabe imputar a VODAFONE por el hecho de haber aplicado las condiciones económicas (tarifas y descuentos) establecidas en ese Acuerdo, únicas vigentes mientras no se establezcan unas nuevas condiciones por mutuo acuerdo y fruto de la oportuna renegociación.”* En concreto y por lo que se refiere a la actualización de tarifas, VODAFONE manifiesta expresamente que *“en el Acuerdo de 11 de abril de 2000 no se pactó ninguna fórmula de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

modificación, actualización o revisión automática y periódica de tarifas y descuentos, sin perjuicio de lo que pudiera resultar –como en cualquier contrato- de la oportuna renegociación y nuevo acuerdo de las partes para modificar las condiciones contractuales.”

- En relación con el supuesto incumplimiento de los apartados segundo y tercero de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, VODAFONE alega que dichos apartados se refieren a la facultad de ambas partes de exigirse recíprocamente el inicio de un proceso de renegociación, de modo que *“de esos apartados no puede inferirse –en rigor, nunca podría exigirse- la obligación de las partes de llegar a un acuerdo. A falta de acuerdo, la propia Resolución ofrece el cauce a seguir: transcurridos tres meses desde el inicio del proceso de renegociación, cualquiera de las partes podría plantear la iniciación de un conflicto de acceso con el fin de lograr o propiciar el establecimiento de las nuevas condiciones de relación.”*

Asimismo, y junto a la documentación acreditativa de las alegaciones vertidas, VODAFONE ha aportado como Anexo 5 a su escrito de fecha 23 de diciembre de 2003 copia de un escrito de fecha 29 de enero de 2003, presentado en esta Comisión el mismo día. En el citado escrito VODAFONE, tras manifestar lo que tuvo por conveniente respecto de la actuación de ambos operadores, en el sentido de que *“tanto Vodafone como ABBLA están siendo proactivos en la adopción de las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento al Resuelto primero de la Resolución de 12 de diciembre de 2002”*, expuso tanto la necesidad de una renegociación material del acuerdo como la expresión de unas supuestas acciones emprendidas por ABBLA sin el conocimiento, acuerdo y autorización de VODAFONE, en relación con presuntas negociaciones con revendedores del servicio telefónico móvil para revender el tráfico adquirido a VODAFONE, así como actuaciones de publicidad de ABBLA autocalificándose de operador móvil virtual en base al acuerdo suscrito.

SÉPTIMO. En fecha 21 de enero de 2004, un representante de VODAFONE consultó y recibió copias de las actuaciones previas llevadas a cabo, según consta debidamente acreditado en las mismas.

OCTAVO. Mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de febrero del mismo año, VODAFONE reiteró que *“los hechos revelan que, como ya quedó de manifiesto en el escrito de VODAFONE del pasado 24 de diciembre, ABBLA sólo pretende instrumentalizar los procedimientos ante la Comisión al servicio de su infundada reclamación civil.”* Asimismo, y por lo que se refiere a la posible apertura de un conflicto de acceso por parte de esta Comisión respecto de la renegociación de las condiciones del Acuerdo de 11 de abril de 2000, como consecuencia de las actuaciones previas incoadas al amparo del artículo 69.2



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la LRJPAC que traen causa, VODAFONE alega que ABBLA no ha planteado conflicto alguno, siendo necesario, a su juicio, que para que esta Comisión pueda intervenir por posible conflicto, es indispensable que dicha intervención haya sido solicitada por alguno de los operadores. En tal sentido, VODAFONE pone de manifiesto que, en su escrito de fecha 9 de octubre de 2003, ABBLA se limitó a solicitar a esta Comisión que tomase razón de los hechos expuestos, sin plantear expresamente conflicto alguno.

NOVENO. Mediante escrito de fecha 9 de junio de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, el representante legal de ABBLA presentó nuevas alegaciones en el marco de las actuaciones previas, expresando entre otras la siguiente:

“2. Que han quedado definitivamente aclaradas y resueltas a satisfacción de ABBLA MOBILE, S.A. las cuestiones a que se hacía mención en ese escrito y las demás que se ventilan en ese expediente 2003/1742, razón por la cual ABBLA MOBILE, S.A. nada tiene ya que imputar a VODAFONE ESPAÑA, S.A. y, desistiendo de las peticiones que en el referido escrito se formularon, se solicita que acuerde su archivo y el de cualesquiera otros expedientes que puedan traer causa de aquel.”

En su virtud, ABBLA vino a solicitar lo siguiente:

*“**SOLICITO** que habiendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por hechas las manifestaciones que anteceden y acuerde el archivo del expediente RO 2003/1742, así como de cuantos otros posibles expedientes puedan traer causa de aquél.”*

DÉCIMO. Mediante escrito de fecha 17 de junio de 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la vista del escrito de alegaciones de 9 de junio de 2004, requirió a ABBLA la siguiente información:

“Si, tras la aclaración y resolución de las cuestiones pendientes con Vodafone España, S.A., ABBLA MOBILE, S.A. continúa en la actividad de reventa del servicio telefónico móvil prestado por Vodafone España, S.A. y, en tal caso, si dicho servicio se presta sin restricción alguna en las condiciones establecidas en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de fecha 11 de abril de 2000 existente entre las partes, en los términos establecidos en el apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 12 de diciembre de 2002, o bien de acuerdo con las condiciones derivadas de la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales, en los términos expresados en el segundo apartado de la citada Resolución, como resultado de la renegociación a la que se alude en dicho apartado.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

UNDÉCIMO. Mediante escrito de fecha 23 de junio de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 de junio del mismo año, ABBLA atendió el requerimiento de información de esta Comisión, en los términos siguientes:

“Dando respuesta al requerimiento de información recibido, les informo de que a partir del 31 de julio de 2004, ABBLA MOBILE S.A. cesará en la actividad de reventa del servicio telefónico móvil prestado por Vodafone España, S.A. Les confirmo asimismo que ABBLA MOBILE, S.A. no tiene nada que imputar a Vodafone España S.A. en relación con el cumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2002, en ninguno de sus términos.”

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Calificación del escrito presentado por ABBLA.

El escrito presentado por la representación de la entidad ABBLA de 9 de octubre de 2003 constituye una denuncia en cuya virtud se puso en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Ello, considerando que el artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa, dándose la circunstancia de que los hechos a los que se contraen las denuncias acumuladas se produjeron estando en vigor la Ley 11/1998, de 24 de abril.

Asimismo, el artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) -aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 y Disposición Transitoria primera 10 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel)- determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

En el escrito presentado por la representación de ABBLA se solicitó a esta Comisión que tomase razón “*del absoluto incumplimiento por parte de AIRTEL MÓVIL, S.A. de lo ordenado en la Resolución de 12 de diciembre de 2002 dotada de ejecutividad.*”

De acuerdo con esto y con el precepto transcrito, el escrito de referencia ha de calificarse como denuncia, a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar el correspondiente expediente sancionador.

SEGUNDO. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

De acuerdo con estos preceptos, compete a esta Comisión conocer de la cuestión planteada en las denuncias.

TERCERO. Valoración de las actuaciones practicadas en el período de información previa.

Del periodo de información previa abierto en esta Comisión al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC en virtud del escrito presentado por ABBLA, así como de las actuaciones practicadas en el mismo, se extraen las siguientes circunstancias concurrentes, para su valoración conjunta:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Circunstancias concurrentes derivadas de las actuaciones previas practicadas.
 - A. Contenido relevante del Acuerdo de 11 de abril de 2000, suscrito entre ABBLA y VODAFONE con el carácter de acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa por parte de ABBLA a sus clientes finales.

El denominado Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL, suscrito entre VODAFONE y ABBLA en fecha 11 de abril de 2000 y cuyo contenido consta en el procedimiento seguido en esta Comisión con referencia RO 2002/7056, concluido mediante Resolución de 12 de diciembre de 2002, incluye un apartado 2 bajo el título “Acuerdos Especiales” el cual, a su vez, recoge un subapartado 2e, llamado “Renegociación”, del siguiente tenor:

“2e. RENEGOCIACION

Pasados 2 meses desde la firma del presente acuerdo, **TIMON, S.A.** [ahora, ABBLA] y **AIRTEL MOVIL, S.A.** se reunirán de nuevo, para **renegociar** las actuales condiciones de colaboración, en base a la trayectoria de activación y/o tráfico de llamadas.”

- B. La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2002.

1

Tal y como consta en los antecedentes de hecho del presente acuerdo, en fecha 12 de diciembre de 2002 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa al conflicto de acceso entre VODAFONE y ABBLA, sobre reventa del servicio telefónico móvil, cuyo presunto incumplimiento por VODAFONE trae causa de las actuaciones previas seguidas en esta Comisión.

La citada Resolución estableció lo siguiente, en lo que aquí interesa:

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A su vez, en relación con las consideraciones contenidas en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, que sirven de criterio imperativo a la prestación sin restricción alguna del servicio telefónico móvil por VODAFONE a ABBLA en las condiciones establecidas en el Acuerdo de 11 de abril de 2000 -incluida su cláusula especial de renegociación-, es preciso señalar aquí las siguientes:

- El análisis de la cláusula de renegociación como determinante de la naturaleza del contrato suscrito entre ABBLA y VODAFONE estableció que:

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

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- En línea con lo anterior, el apartado 2.3 del Fundamento de Derecho Segundo –página 43- de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 expresa la siguiente consideración:

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

C. La denuncia de ABBLA de fecha 9 de octubre de 2003.

En relación con el escrito de denuncia de ABBLA de 9 de octubre de 2003, al que se acompaña una serie de documentación acreditativa de las circunstancias expresadas, cumple significar que la entidad denunciante ha alegado que, sin perjuicio de reservarse la reclamación de daños y perjuicios causados por el incumplimiento por parte de VODAFONE de los documentos contractuales en su día suscritos, ABBLA ha venido persiguiendo el cumplimiento no sólo de los contratos de abril de 2000, sino también y especialmente del pronunciamiento dictado por esta Comisión en el acuerdo segundo de la Resolución, relativo a la renegociación de aquellos aspectos cuya revisión fuera precisa para la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.

D. El escrito de alegaciones de VODAFONE de 23 de diciembre de 2003.

Tal y como consta en el escrito de alegaciones de VODAFONE de fecha 23 de diciembre de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 de diciembre del mismo año, esta entidad acredita haber hecho uso de la facultad reconocida en el apartado segundo de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, instando la renegociación del Acuerdo de 11 de abril de 2000 *“con vistas, entre otros objetivos, al establecimiento de unas nuevas condiciones que dieran lugar a la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales (apartados SEGUNDO y TERCERO de la parte dispositiva de la Resolución de 12 de diciembre de 2002).”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, VODAFONE sostiene que fue esta entidad quien instó el inicio de la renegociación, formulando una propuesta de texto a ABBLA, así como una oferta económica, *“que sólo mereció una simple y pura respuesta negativa por parte de ABBLA, que no ha propuesto alternativa desde entonces”*.

En línea con todo lo anterior, VODAFONE concluye afirmando que los apartados segundo y tercero de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 *“se refieren a la facultad de ambas partes de exigirse recíprocamente el inicio de un proceso de renegociación. De esos apartados no puede inferirse –en rigor, nunca podría exigirse– la obligación de las partes de llegar a un acuerdo. A falta de acuerdo, la propia Resolución ofrece el cauce a seguir: transcurridos tres meses desde el inicio del proceso de renegociación, cualquiera de las partes podría plantear la iniciación de un conflicto de acceso con el fin de lograr o propiciar el establecimiento de las nuevas condiciones de la relación.”*

E. El escrito de alegaciones de VODAFONE de 16 de febrero de 2004.

Según consta en el escrito de alegaciones de VODAFONE de fecha 16 de febrero de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de febrero del mismo año, no procedería la apertura de un conflicto de acceso entre esta entidad y ABBLA por cuanto *“no existe ninguna propuesta concreta de ABBLA que haya sido rechazada por VODAFONE o que VODAFONE no haya contestado. En particular, en lo que se refiere a la oferta económica para la suscripción del acuerdo de reventa, VODAFONE formuló una proposición que ABBLA se ha limitado a rechazar, sin dirigir a VODAFONE ninguna petición o proposición alternativa sobre la que VODAFONE pudiera pronunciarse.”*

A mayor abundamiento, VODAFONE alega que *“ABBLA no se ha dirigido a la Comisión planteando un conflicto de acceso o solicitando su intervención para el establecimiento de condiciones en defecto de negociación. En su escrito de fecha 15 de octubre de 2003 se limitó a exponer determinados hechos, solicitando de la Comisión que se limitase a tomar razón de los mismos.”*

F. El escrito de ABBLA de 9 de junio de 2004.

Mediante escrito de fecha 9 de junio de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, ABBLA viene a manifestar que *“han quedado definitivamente aclaradas y resueltas a satisfacción de ABBLA MOBILE, S.A. las cuestiones a que se hacía mención en ese escrito [de 9 de octubre de 2003] y las demás que se ventilan en ese expediente 2003/1742, razón por la cual ABBLA MOBILE, S.A. nada tiene ya que imputar a VODAFONE ESPAÑA, S.A. y, desistiendo de las peticiones que en el referido escrito se formularon, se*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita que acuerde su archivo y el de cualesquiera otros expedientes que puedan traer causa de aquel."

Ante el contenido del citado escrito y las actuaciones previas practicadas, esta Comisión estimó necesario requerir a ABBLA determinada información con el fin de establecer si, como resultado de la renegociación entre las partes del Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL de fecha 11 de abril de 2000 y tras "la aclaración y resolución de las cuestiones pendientes con VODAFONE", ABBLA continúa en la actividad de reventa del servicio telefónico móvil prestado por Vodafone España, S.A. y, en tal caso, si dicho servicio se presta sin restricción alguna en las condiciones preexistentes, en los términos establecidos en el apartado primero de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 12 de diciembre de 2002, o bien de acuerdo con las condiciones derivadas de la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.

G. El escrito de ABBLA de 23 de junio de 2004.

Mediante escrito de fecha 23 de junio de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 24 de junio del mismo año, ABBLA cumplimentó el requerimiento de información cursado por esta Comisión respecto del alcance de la renegociación de las condiciones de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.

Al respecto, ABBLA manifiesta que *"a partir del 31 de julio de 2004, ABBLA MOBILE, S.A. cesará en la actividad de reventa del servicio telefónico móvil prestado por Vodafone España, S.A.",* concluyendo que *"no tiene nada que imputar a Vodafone España, S.A. en relación con el cumplimiento de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2002, en ninguno de sus términos."*

2. Valoración de las circunstancias concurrentes en las actuaciones previas practicadas.

Con el fin de llevar a cabo una valoración de las circunstancias que se han puesto de manifiesto en el anterior apartado, es preciso partir del objetivo básico de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, en cuanto puso fin al conflicto de acceso suscitado entre ABBLA y VODAFONE.

En efecto, una vez fijada la naturaleza del contrato de 11 de abril de 2000 suscrito entre ambos operadores como un acuerdo de acceso, esta Comisión estimó que la verdadera intención de ABBLA y VODAFONE era la de formalizar un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a clientes finales, razón por la cual facultó a ambos operadores para exigirse recíprocamente el cumplimiento de la cláusula especial de renegociación, en los términos expresados en el segundo apartado de la parte dispositiva de la Resolución de continua referencia. De este modo, el nuevo contrato fruto de la renegociación sustituiría al acuerdo de prestación del servicio GSM, tal y como se establecía en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de esta Comisión:

“ (...) esta Comisión estima que la intención de ABBLA y AIRTEL al iniciar sus relaciones contractuales era la de formalizar un acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil para su posterior reventa por parte de ABBLA a sus clientes finales que por el momento histórico en que se iniciaron dichas relaciones, caracterizado por la indefinición de esta figura y la ausencia de un marco legal para su prestación, y por la falta de un modelo de contrato específico para la prestación del servicio telefónico móvil con fines de reventa se formalizó mediante un contrato-tipo de prestación del servicio GSM al que se añadieron ciertas cláusulas particulares y en el que se omitieron otras.”

Ahora bien, durante el periodo transitorio durante el cual se llevase a cabo la renegociación con el fin de formalizar por escrito un nuevo contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales, el apartado primero de la Resolución obligaba a VODAFONE a prestar sin restricción alguna el servicio telefónico a ABBLA en las condiciones establecidas en el Acuerdo de Servicio GSM AIRTEL.

Partiendo de estas premisas, las circunstancias concurrentes en las actuaciones previas seguidas en esta Comisión a results de la denuncia de ABBLA han revelado que ambos operadores han mantenido la intención latente de la renegociación, incluyendo ésta a demanda de ABBLA el correspondiente resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los supuestos incumplimientos contractuales en los que pudiera haber incurrido VODAFONE respecto de las condiciones originales establecidas en el Acuerdo de 11 de abril de 2000. Así resulta de los siguientes hechos:

- La inclusión original de una cláusula de renegociación en el Acuerdo de 11 de abril de 2000.
- El contenido de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, en cuanto faculta a ambos operadores a exigirse recíprocamente el cumplimiento de la condición especial de renegociación.
- La denuncia de ABBLA de 9 de octubre de 2003, en la que, sin perjuicio de reservarse la reclamación de daños y perjuicios causados por el supuesto incumplimiento por parte de VODAFONE de los documentos contractuales



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en su día suscritos, sostiene haber venido persiguiendo el cumplimiento del acuerdo segundo de la Resolución, relativo a la renegociación de aquellos aspectos cuya revisión fuera precisa para la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.

- La acreditación por parte de VODAFONE de haber hecho uso de la facultad reconocida en el apartado segundo de la Resolución de 12 de diciembre de 2002, instando la renegociación del Acuerdo de 11 de abril de 2000 con vistas, entre otros objetivos, al establecimiento de unas nuevas condiciones que dieran lugar a la formalización por escrito de un contrato de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales.
- El escrito de ABBLA de 9 de junio de 2004, en el que manifiesta haber quedado resueltas a satisfacción de ABBLA las cuestiones derivadas de su escrito de fecha 9 de octubre de 2003.
- Finalmente, el escrito de ABBLA de fecha 23 de junio de 2004, en el que, a requerimiento de esta Comisión respecto de los términos de la renegociación subyacente en la aclaración y resolución de las cuestiones pendientes en la vía procedente, manifiesta que cesará en la actividad de reventa del servicio telefónico móvil prestado por VODAFONE el día 31 de julio de 2004, sin que tenga nada que imputar a dicho operador en relación con el cumplimiento de la Resolución de 12 de diciembre de 2002.

Así las cosas, esta Comisión considera que los operadores implicados han llevado a cabo la renegociación de las condiciones de su acuerdo de prestación del servicio telefónico móvil disponible al público para su posterior reventa a clientes finales en la vía que consideraron procedente, incluyéndose a demanda de ABBLA el resarcimiento de los daños y perjuicios que supuestamente se hubieran podido derivar de los incumplimientos contractuales por parte de VODAFONE.

Obviamente, uno de los posibles resultados de la renegociación es el de la rescisión del contrato suscrito, tal y como tiene manifestado la entidad denunciante con efectos desde el día 31 de julio de 2004, sin que esta Comisión tenga nada que objetar al respecto, estimándose asimismo subsumido en la renegociación cualquier incumplimiento del acuerdo previamente suscrito entre VODAFONE y ABBLA, como ésta ha manifestado reiteradamente en sus escritos de 9 y 23 de junio de 2004.

En tales circunstancias, esta Comisión considera que no cabe apreciar indicio alguno de incumplimiento de la Resolución de 12 de diciembre de 2002 por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

parte de VODAFONE, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Archivar la denuncia de ABBLA MOBILE, S.A. de fecha 9 de octubre de 2003 relativa al supuesto incumplimiento por parte de VODAFONE ESPAÑA, S.A. de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de diciembre de 2002, por la que resolvió el conflicto de acceso entre ambos operadores sobre reventa del servicio telefónico móvil.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real