



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 09/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 8 de marzo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la cual se adoptan medidas cautelares en el marco del conflicto de acceso planteado por Nvia Gestión de Datos, S.L, Advanced Telephone Services, Meztura Servicios Premium, S.L., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V. y Translease International LTD contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (RO 2012/391).

I ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero- Escrito presentado por NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L.

Con fecha 22 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L. (en adelante, NVIA) por el que plantea conflicto de acceso con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) y solicita a esta Comisión la adopción de medidas cautelares consistentes en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de TME de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través de la plataforma gestionada por NVIA. En concreto, NVIA alega lo siguiente:

- Que el 23 de noviembre de 2009 firmó con TME un Contrato para la Intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros con objeto de proveer a NVIA el acceso a la red de sus servicios (en adelante, Contrato de Intermediación) y que con fecha 17 de junio de 2011 firmó un Anexo a dicho contrato denominado Contrato de colaboración de servicios de Mensajería (en adelante, Contrato de Alertas Web).
- Que con fecha 7 de diciembre de 2011, NVIA recibió un burofax de TME en el que *“ponía de manifiesto que a partir del 14 de diciembre del propio año, el operador de red denunciado, aplicaría de forma unilateral condiciones de imposible cumplimiento para NVIA, en relación a los procesos de altas y bajas en los servicios de mensajes de suscripción objeto del contrato que le vinculaba”*.



- Que con fecha 13 de diciembre de 2011, NVIA le manifestó *“su total disconformidad y la vulneración de la normativa sectorial en la aplicación de tales medidas”*.
- Que el 21 de febrero de 2012 recibió un nuevo burofax de TME *“por el que unilateralmente se resuelve el “Contrato para la intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros” de fecha 23 de noviembre de 2009 y de su Anexo denominado “Contrato de colaboración de servicios de mensajería” de fecha 17 de junio de 2011, privando con ello no sólo a NVIA sino a todas aquellas entidades a las que se provee servicios en su condición de agregador tecnológico del derecho de acceso e interconexión al que se refiere la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*.
- Que *“la referida misiva [...] justifica no sólo la resolución de los precitados acuerdos sino la privación del acceso e interconexión a su red en un presunto incumplimiento de las cláusulas 4.1, 10 y 13 del contrato suscrito que se imputa a mi representada, sin preaviso alguno y sin acreditar esa circunstancia”*.
- Que, según NVIA, TME estaría *“incumpliendo gravemente el artículo 11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y demás normativa concordante” por lo que interesa a esta Comisión “que se adopten los procedimientos sancionadores que correspondan”*.
- Que la entidad denunciada está obligada a permitir *“la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas desde las redes mediante las cuales NVIA presta sus servicios de telefonía móvil disponible al público”*.
- Que NVIA *“dada la gravedad de la situación y de los irreparables perjuicios que con esa actuación se le está causando tanto a NVIA como a sus clientes, ha requerido a TME el mismo día en que se recibió la misiva cortando el servicio, para que de forma inmediata se restablezca el servicio y se garantice el acceso a la red de Telefónica los servicios que son objeto de los contratos denunciados por TME sin que, hasta la fecha, se haya obtenido respuesta alguna por parte del operador denunciado”*.
- Que en virtud de lo anterior, solicita a esta Comisión que imponga a TME *“la obligación de garantizar a mi mandante la interoperabilidad y el acceso e interconexión a sus redes para prestar los servicios de envío de mensajes cortos Premium de suscripción que viene realizando en base a los contratos referidos”, que “determine la nulidad de las condiciones impuestas por TME a través del burofax de fecha 7 de diciembre de 2012, en relación con las altas y bajas de los servicios de suscripción que presta mi mandante” y que “se acuerde el inicio del correspondiente expediente sancionador frente a TME por vulneración del artículo 11 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones”*.
- Que, asimismo y *“con objeto de evitar perjuicios a mi mandante de imposible o difícil reparación, se solicita a ese órgano que se adopte la medida cautelar consistente en el restablecimiento del acceso e interconexión a la red de Telefónica Móviles de España, S.A.U. de los servicios de reenvío de mensajes Premium proveídos a través del agregador técnico NVIA GESTIÓN DE DATOS, S.L.” que son objeto de los citados Contratos.*



Segundo.- Escritos de Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD y Advanced Telephone Services, S.A.

Con fechas 21, 22, 23, 24, 27, 28 de febrero se han recibido en el Registro de esta Comisión escritos de Meztura Servicios Premium, S.L., Translease International LTD, Advanced Telephone Services, S.A., Anekis, S.A., R&D Media Europe B.V., respectivamente, en los que, en tanto Operadores de comunicaciones electrónicas prestadores del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes que han suscrito acuerdos con NVIA, plantean conflicto de acceso frente a TME y solicitan también la adopción de las medidas cautelares correspondientes, en los mismos términos que NVIA.

A los anteriores antecedentes de hecho resultan de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y objeto del procedimiento.

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) determina cuál es el objeto que tiene este organismo público que, entre otros aspectos, alcanza a la resolución de los conflictos que se produzcan entre los operadores. Así, dicho artículo establece que *“[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*

En relación con este objeto, y en lo que afecta a las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, el artículo 48.4.d) de la misma atribuye a la CMT la siguiente función: *“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. [...]”*.

Asimismo, el Capítulo III del Título II de la LGTel trata el *Acceso a las redes y recursos asociados e interconexión*, señalando el artículo 11.4 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores *“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 puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”*.

En el mismo sentido, el artículo 23 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), dispone, en la letra a) de su apartado 3, que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá atribuidas las competencias siguientes: podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado”*.

En conclusión, esta Comisión resulta competente para conocer del presente conflicto de acceso.

Por otro lado, esta Comisión está igualmente habilitada para la adopción de medidas cautelares, puesto que el artículo 48.7 de la LGTel señala que *“en el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

Por su parte, el artículo 31 de Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, faculta a esta Comisión para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte.

A la vista de la habilitación competencial precitada, esta Comisión resulta competente para la tramitación del presente procedimiento.

Señalada la habilitación competencial, la presente Resolución tiene por objeto la adopción de las medidas cautelares necesarias consistentes en el restablecimiento del acceso a determinados recursos de numeración para la prestación de servicios de tarificación adicional prestados a través de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas que presten servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes a través de la plataforma gestionada por NVIA. Esta medida cautelar tiene por objeto garantizar la competencia efectiva en la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional, así como la protección de los usuarios de dichos servicios de tarificación adicional.

Segundo.- Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de medida cautelar.

El artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común permite al órgano



competente para resolver el procedimiento, adoptar medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”*, y *“si existen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 3 de este artículo, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

Tomando en consideración estas prescripciones, doctrina y jurisprudencia han sistematizado los requisitos que permiten a una Administración Pública la adopción de una medida cautelar. Tales requisitos son los siguientes:

- Habilitación competencial (existencia de una norma que permita la adopción de una medida cautelar).
- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (*“periculum in mora”*) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- Proporcionalidad e idoneidad de la medida. Es decir, la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares indicando que no se produce vulneración de derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción; se adopten las medidas cautelares por resolución en Derecho; y se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (ver STC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

Se examina a continuación la concurrencia, en relación con el procedimiento de referencia, de los requisitos anteriores.

a. Existencia una norma jurídica que permita la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente

Como ya se ha señalado en la presente Resolución, esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.7 de la LGTel así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b. Apariencia de buen derecho

El servicio SMS Premium es un servicio de comunicaciones electrónicas mediante el cual se permite realizar el envío de mensajes de texto o mensajes multimedia que conllevan el pago por los usuarios de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento, comunicación u otros.



La normativa específica reguladora de estos servicios se encuentra recogida en la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (en adelante, Orden ITC/308/2008) así como en la Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (en adelante, Código de Conducta).

Tal y como se han indicado en el Antecedente de Hecho primero, TME ha suscrito con NVIA un Contrato para la Intermediación y un Contrato de Alertas Web.

De conformidad con la Cláusula primera del Contrato de Intermediación *“[E]l objeto del presente contrato es establecer los términos y condiciones en virtud los cuales, AGREGADOR TECNOLÓGICO distribuirá Servicios y Contenidos a través de la Plataforma de TME u otras plataformas que se encuentren técnicamente habilitadas para ello en las condiciones económicas acordadas en cada momento, actuando TME como intermediaria en las ventas que se produzcan y realizando la gestión del cobro de las cantidades generadas por la utilización de los citados Servicios y Contenidos por parte del cliente final. La información, Servicios y Contenidos serán remitidos al cliente final mediante la utilización de las redes de telecomunicaciones de TME, de acuerdo con las condiciones técnicas y operativas acordadas en cada momento”*.

En base a este Contrato de Intermediación, NVIA suscribe a su vez contratos denominados de Contratos de Plataforma con otros operadores de almacenamiento y reenvío de mensajes Premium titulares de la numeración correspondiente (en adelante, Operadores proveedores de SMS Premium). Las medidas cautelares que se adoptan por medio de la presente Resolución únicamente afectan al Contrato de Intermediación por lo que será el único analizado a lo largo de la misma.

El artículo 11.2 de la LGTel establece que *“[L]os operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 22 del Reglamento de Mercados y el artículo 17 d) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Como ya indicó esta Comisión en sus Resoluciones de 9 de octubre de 2007 y de 4 de junio de 2009, entre otras, el principio de interoperabilidad garantiza que todos los usuarios de los demás operadores puedan comunicarse entre ellos, así como acceder a los servicios que cualquier proveedor pueda ofertar en el mercado, obteniendo con ello un mayor beneficio para los usuarios, que pueden acceder así a las distintas ofertas disponibles en el mercado.

De esta manera, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas tienen derecho a ser accesibles desde todas las redes y los operadores de red, por su parte, no pueden negarse a permitir el acceso desde su red a los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por operadores de servicios que así lo soliciten.



No hay que olvidar que esta Comisión ha de intervenir en los conflictos que se le sometan garantizando la adecuación del acceso y/o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel por afectar ello a la esfera jurídico-pública de las entidades afectadas.

Pues bien, como consecuencia del creciente número de reclamaciones de los usuarios relacionadas con los servicios de suscripción a través de mensajería Premium¹, TME envió el 5 de diciembre de 2011 un burofax a todos los Operadores prestadores de SMS Premium (recibido por NVIA el 7 de diciembre de 2011), en el que señala lo siguiente:

“Me dirijo a Vd. en su condición de compañía que presta servicios de suscripción (o alertas) a través de mensajería Premium.

Como probablemente conocer, las reclamaciones que Telefónica recibe diariamente relacionados con estos servicios, han crecido sustancialmente en los últimos meses y se sitúan en unos niveles insostenibles actualmente, lo que provoca que haya aumentado drásticamente el nivel de insatisfacción de nuestros clientes con el consiguiente perjuicio para la Compañía que represento.

Teniendo en cuenta que una gran parte de dichas reclamaciones tiene relación con el proceso de alta en los servicios de alertas –que muchos de nuestros clientes declaran no haber realizado- le comunico que, con el fin de proteger a los usuarios, a partir del 14 de diciembre, Telefónica no cursará ninguna solicitud de alta a servicios de suscripción a través de mensajería Premium, que no venga acompañada de la siguiente documentación:

- *Documento en soporte papel firmado por cada cliente, en el que autoriza el alta en el servicio de alertas, indicando el MSISDN de la línea, el remitente al que acepta suscribirse y fecha de la solicitud del alta.*
- *Fotocopia del DNI del cliente que quiere darse de alta”.*

Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta el escrito presentado por TME en el Registro de entrada de esta Comisión con fecha 9 de diciembre de 2011 en el que ponía de manifiesto el elevado número de reclamaciones en relación con los servicios de suscripción a través de SMS Premium así como las medidas que había adoptado con el objeto de reducir dichas reclamaciones y a las que hace referencia TME en el burofax de 5 de diciembre de 2011. En dicho escrito TME señala que el *“70,4% de las denuncias por los servicios de mensajería Premium se centra en los servicios de suscripción prestados mediante códigos que comienzan por dígito “7”. A este porcentaje, habría que añadir el correspondiente a los servicios de suscripción prestados mediante código 9, correspondiente a los servicios de adulto [...]”.*

Conforme a la Clausula Decimotercera del Contrato de Intermediación *“[E]l incumplimiento de NVIA de sus obligaciones, facultará a TME para instar la resolución inmediata del presente Contrato, sin obligación de pago de cantidad alguna”.*

¹ De conformidad con la Orden ITC/308/2008, se consideran servicios de suscripción *“aquéllos que implican el envío de determinados mensajes al abonado por el operador titular del número, bien de forma periódica, bien cuando se produzcan determinados sucesos”.*



En base a lo dispuesto en la citada cláusula, TME envió el 20 de febrero de 2012 un burofax a NVIA en el que le indicaba que “[P]or la presente le comunico la decisión de Telefónica Móviles España, S.A.U. de resolver el “Contrato para la intermediación en la venta de contenidos y la gestión de cobros (en adelante, “Contrato de Intermediación”) de fecha de 23 de noviembre de 2009, debido al incumplimiento grave y reiterado de NVIA de la cláusula 4.1 en relación con sus obligaciones como agregador tecnológico, así como por el incumplimiento de los terceros proveedores de contenidos a los que tenía cedido el contrato, respecto a las cuales NVIA es plenamente responsable de acuerdo con lo establecido en las cláusulas décima y decimotercera de dicho acuerdo [...] La resolución de los contratos mencionados se producirá de forma inmediata el 21 de febrero de 2012”².

La Cláusula 4.1 del Contrato de Intermediación se refiere a las obligaciones asumidas por NVIA entre las cuales se encuentra garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Orden ITC/308/2008, así como en el Código de Conducta.

Pues bien, tal y como se ha indicado, la interrupción del servicio por parte de TME en los términos en los que se ha llevado a cabo, ha conllevado la interrupción del acceso a todos los Operadores proveedores de SMS Premium que habían alcanzado acuerdos con NVIA, con independencia de si habían cumplido o no la normativa aplicable a estos servicios, así como a los usuarios de los mismos. Con esta actuación de TME, los Operadores que estaban cumpliendo la normativa aplicable se han visto privados del servicio que tenían contratado con NVIA y de la posibilidad de adoptar, en su caso, aquellas medidas que considerasen necesarias para no verse perjudicados por la misma.

La presente medida cautelar trata de mantener el adecuado equilibrio entre, por un lado, la situación de indefensión en la que se encuentran los citados Operadores proveedores de SMS Premium que no incumplían la normativa vigente y los usuarios de los mismos que se han visto privados inesperadamente de los servicios prestados por aquellos y, por otro lado, los derechos de TME como operador de acceso.

Por ello, TME deberá restablecer el acceso a la numeración de aquellos Operadores proveedores de SMS Premium conectados a la plataforma de NVIA. No obstante lo anterior, esta medida cautelar no afectará a la numeración de la que sean titulares aquellos Operadores prestadores de SMS Premium conectados a través de la plataforma de NVIA que se encuentre incluida en los rangos sobre los que se prestan servicios de suscripción (79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM). Esta Comisión considera esta exclusión justificada en el creciente número de reclamaciones recibidas por TME respecto a estos servicios de suscripción prestados a través de la plataforma de NVIA, que incluso ha llevado a la propia TME a adoptar nuevas medidas que permitan asegurar el consentimiento del usuario a la hora de proceder a dar de alta a nuevos usuarios.

TME deberá mantener el acceso en los términos indicados en el párrafo anterior hasta la fecha de la resolución que ponga fin al conflicto de acceso en el marco del cual se adopta la presente medida cautelar o, en todo caso, tendrá una duración máxima de tres meses a contar desde el 21 de febrero de 2012, esto es, el 21 de mayo de 2012 y ello porque esta Comisión considera que no se puede extender la presente medida cautelar más allá del

² En el mismo burofax TME resuelve tanto el Contrato de Intermediación como el Contrato de Alertas Web.



periodo de preaviso recogido en el propio Contrato de Intermediación para resolver el mismo por cualquiera de las partes³, facultad que las partes pueden ejercer en cualquier momento transcurrido el término inicial de un año.

c. Necesidad y urgencia de la medida

Tal y como se ha indicado, todos los Operadores prestadores de SMS Premium que prestan sus servicios a través de la plataforma de NVIA mediante rangos de numeración a través de los cuales no se prestan servicios Premium de suscripción se ven perjudicados por la medida adoptada por TME, con independencia de si incumplían o no la normativa vigente aplicable a estos servicios. La presente medida cautelar se adopta ante la necesidad de garantizar el acceso a estos Operadores conectados a la plataforma de NVIA que se han visto privados del mismo de manera repentina.

Es importante destacar aquí que con esta medida se estaría protegiendo no sólo a estos Operadores, sino también a los usuarios de estos servicios. En efecto, con esta medida se protege a todos los usuarios de TME, pues, por un lado, no se restaura el acceso respecto a los servicios Premium de suscripción, principal fuente de reclamaciones de los usuarios y principal motivo de la decisión adoptada por TME y, por otro lado, se protege a los usuarios que legítimamente quieren usar otros servicios Premium, no viéndose drásticamente privados de los mismos.

La concurrencia de los requisitos de necesidad y urgencia también determinan que se haya prescindido en el presente caso del trámite de audiencia. La adopción de la medida "inaudita parte" se considera necesaria en virtud de las circunstancias que concurren en el presente caso. Por su parte, el establecimiento de la medida cautelar permite a TME que en la tramitación del procedimiento en curso manifieste lo que a su derecho e interés convenga. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 2000: “[...] la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera, en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro, salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y de proscripción de la indefensión”.

d. Proporcionalidad de la medida

La medida cautelar propuesta es idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad⁴, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés

³ Cláusula segunda del Contrato de Intermediación: “a) Este Contrato entrará en vigor en la Fecha de Efectos contemplada al inicio y tendrá una duración inicial de un (1) año. No obstante lo anterior, de no mediar denuncia de cualquiera de las Partes por escrito con un (1) mes de antelación a la finalización del término inicial de un (1) año, el Contrato se prorrogará indefinidamente, pudiendo a partir de este momento cualquier de las Partes resolver el Contrato con un preaviso por escrito de tres (3) meses de antelación a la fecha habilita a las partes a resolver el Contrato con un preaviso de tres meses de antelación a la fecha efectiva de Resolución”.

⁴ El principio de proporcionalidad exige que los medios adoptados sean adecuados para lograr el objetivo perseguido y no rebasen los límites de lo que resulta necesario para su logro, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser



público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma. En este sentido, la medida cautelar que se acuerda por medio de la presente Resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 72.3 de la LRJPAC).

La adopción de esta medida cautelar se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento, habiéndose realizado un análisis detallado de todas.

En efecto, la medida propuesta resulta lo menos intrusiva posible atendiendo tanto a los intereses de los Operadores prestadores SMS Premium como a los de la propia TME al limitarse exclusivamente a restaurar el acceso a los rangos de numeración a través de los cuales se prestan servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, excluyendo aquellos prestados a través de rango de numeración relativo a servicios SMS Premium de suscripción. Y, por otra parte, esta Comisión estima que el periodo de tiempo durante el cual TME deberá cautelarmente restablecer y mantener el acceso es razonable, adecuado y suficiente para proteger los intereses de las partes afectadas por la presente medida cautelar sin causar un perjuicio de imposible o difícil reparación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede concluirse que la medida adoptada en sede cautelar es plenamente consecuente con el principio de proporcionalidad y tiene también carácter idóneo para cumplir con el objetivo perseguido.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Unico.- Adoptar la medida cautelar consistente en obligar a Telefónica Móviles España, S.A.U. a restablecer el acceso a la numeración de la que son titulares los Operadores de comunicaciones electrónicas prestadores de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes con los que ha suscrito un acuerdo NVIA GESTION DE DATOS, S.L. para la prestación de estos servicios con objeto de poner a disposición de los usuarios y consumidores finales sus contenidos mediante mensajes cortos. Está excluida de la presente medida cautelar la numeración de la que sean titulares los citados Operadores, relativa a los servicios de tarificación adicional denominados servicios de suscripción prestados a través de los rangos de numeración 79 5ABM, 79 7ABM, 99 5ABM y 99 7ABM.

Telefónica Móviles España, S.A.U. deberá mantener el acceso al que se refiere el párrafo anterior hasta la fecha de la Resolución que ponga fin al presente procedimiento o, en todo caso, hasta el 21 de mayo de 2012.

desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, ver asunto C-331/88, *Fedesa*, sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990.



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 en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 48.12 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 presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.