COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 13/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 11 de abril de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del expediente número ROL 2002/6162, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DESESTIMA LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE 28 DE FEBRERO DE 2002, POR LA QUE SE OBLIGABA A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. A NO SUSPENDER EL SERVICIO TELEFÓNICO EN FECHA 1 DE ABRIL DE 2002, MODIFICADA POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 14 DE MARZO DE 2002

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó medida cautelar en la sesión número 08/02 celebrada el día 28 de febrero de 2002 por la que se acordaba:

- *"Primero.- Obligar a TELEFÓNICA a no suspender el servicio el 1 de abril de 2002, en el supuesto en que los prestadores de telefonía de uso público no acepten la modificación contractual propuesta por TESAU en carta de 15 de febrero de 2002, manteniéndose, por tanto, la relación comercia basada en el contrato vigente hasta ese momento.*

- *Segundo.- Permitir a TESAU a que solicite aval de los prestadores de Telefonía de Uso Público, que se calculará de acuerdo con lo establecido en el punto III: Fundamentos de Derecho y que facture a este colectivo con una periodicidad quincenal, factura que deberá abonarse en un periodo máximo de diez días hábiles.*

- *Tercero.- Debido a la imposibilidad de determinar los interesados afectados por la presente resolución, se publicará en el Boletín Oficial del Estado la parte resolutoria incluidos los fundamentos que por remisión forman parte de aquella.*

- *Cuarto. TESAU deberá remitir a todas y cada una de las entidades a las que envió copia de los contratos de TUP y/o locutorios un escrito informando sobre las presentes medidas cautelares y concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para que, acompañando el aval que han de constituir, puedan acogerse a la presente medida cautelar y, en su caso, denunciar el contrato suscrito. En el plazo de 10 días hábiles desde el día siguiente a la recepción de esta Resolución, TESAU remitirá a esta Comisión relación de todas las entidades a las que se hubieran remitido las copias de los contratos, así como relación de las entidades firmantes de los mismos que los hubieran denunciado en el plazo de 5 días hábiles a que se refiere el párrafo anterior".*

Segundo. Con fecha 14 de marzo de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó una resolución modificando la medida cautelar adoptada con fecha 28 de marzo de 2002 a la que se hace referencia en el Exponendo anterior, en los siguientes términos:

> ***"Único.-*** *Modificar la medida cautelar adoptada en la resolución de 28 de febrero de 2002 en los siguientes términos: Una vez superada en consumo telefónico bruto la cuantía del aval, TESAU podrá comunicar a su cliente la necesidad de prepagar los consumos futuros. Transcurridos cinco días naturales desde esa comunicación sin que el cliente de TESAU haya ingresado la cantidad que haya estimado oportuna o si desde ese momento el consumo telefónico excede del importe del aval y de la cuantía prepagada, TESAU podrá suspender el servicio".*

Tercero. En cumplimiento del Punto Cuarto de la parte resolutoria de la Resolución de 28 de febrero de 2002 reproducido en el Exponendo Primero, TESAU ha remitido a las correspondientes entidades un escrito de información (en adelante, la comunicación) sobre las condiciones de la medida cautelar adoptada el 28 de febrero de 2002 completada por resolución de fecha 14 de marzo de 2002, escrito que a su vez ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión con fecha 1 de abril de 2002.

Cuarto. Con fecha 1 de abril de 2002, han tenido entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos de las entidades GRUPO CIBERLINA, S.L., y VIARMA, S.L. dedicadas a la intermediación en el servicio de telefonía fija disponible al público y que agrupan de forma conjunta a alrededor de 350 locutorios telefónicos cuya actividad es la provisión de servicios de telefonía de uso público, en los que en síntesis ponen de manifiesto los siguientes aspectos,

1. TESAU está cumpliendo de manera defectuosa la medida cautelar adoptada por esta Comisión, consistente en la exigencia de un aval a los proveedores de servicios de telefonía de uso público considerando que:

(i) La comunicación dirigida por TESAU a los prestadores de telefonía de uso público cuyo objeto es informar a los mismos sobre las

condiciones de la medida cautelar adoptada por esta Comisión en fecha 28 de febrero de 2002, no especifica a cada destinatario la cantidad que debe ser avalada.

(ii) Los destinatarios de la citada comunicación de TESAU "*podrían verse obligados a avalar la cuota mensual de las líneas aunque esas líneas no hayan cursado ningún tráfico a través de TESAU*"

(iii) El escrito de TESAU no especifica si el mes completo por el que se devenguen las correspondientes cantidades es un mes natural o si se trata de meses de fecha a fecha en cuyo caso, "*sería imposible para el destinatario calcular su facturación a fin de prestar el aval requerido".*

(iv) TESAU *"debería indicar a cada locutorio cliente destinatario de la comunicación referida la cantidad exacta que debe avalar cada uno de ellos. En caso contrario, se estaría dejando al arbitrio de TESAU la posibilidad de suspender el servicio a aquellos locutorios que avalasen de buena fe una cantidad distinta a aquella que TESAU tuviese por conveniente, sin que los afectados tengan forma de conocer las cantidades fijadas por TESAU y su motivación, y se estaría ofreciendo a esta empresa una excusa para suspender de forma abusiva y contraria a Derecho este servicio"*.

2. La exigencia de un aval constituye una medida desproporcionada, puesto que exige *"a los clientes de mi representada que soliciten un aval bancario para garantizar el pago de cantidades ínfimas",* teniendo en cuenta que *"la mayor parte de las entidades no avalan cantidades que, insistimos, se situarían en una media de entre 6 y 12 euros, y en cualquier caso, las comisiones que aplicarían las escasas entidades que sí estuvieran dispuestas a avalar excederían con mucho de la cantidad objeto de aval".*

3. La exigencia del aval es una medida contraria a lo establecido en el artículo 72.3 de la Ley 30/1992 , de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "*por traer causa de unas medidas provisionales que causarían un perjuicio de imposible recuperación".*

4. Las entidades VIARMA, S.L. y GRUPO CIBERLINE, S.L. proponen la modificación de la medida cautelar adoptada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha 28 de febrero de 2002 y modificada el 14 de marzo del mismo año, en el sentido de *"impedir a TESAU exigir aval en el supuesto de que....el importe a garantizar que comunique TESAU a los destinatarios de su oferta de contrato sea inferior a 600 euros, cantidad por debajo de la cual resulta completamente impracticable la concesión de un aval en cualquier entidad bancaria".*

Asimismo, muchas entidades proponen que *"en cualquier caso, y en el supuesto de que esta Comisión no acepte este criterio, esta parte manifiesta que ha instruido a sus locutorios para ofrezcan a TESAU el ingreso de la cantidad del aval que TESAU solicite cuando especifique la cantidad que debe garantizarse en la cuenta bancaria que TESAU señale, lo cual ofrecería a TESAU la misma garantía que el aval solicitado, permitiría a los clientes de mi representada cumplir con las obligaciones de garantía exigidas y, en cualquier caso, aseguraría la continuidad del servicio a estos locutorios sin correr el riesgo de una suspensión del servicio mediando mala fe por parte del operador dominante"*

5. De conformidad con lo anterior, las entidades VIARMA, S.L. y GRUPO CIBERLINE, S.L. solicitan a esta Comisión:

(i) Modificar su Resolución de 28 de febrero de 2002 en el sentido de que "*TESAU no pueda exigir avales cuando la facturación mensual calculada conforme a los criterios de dicha resolución sea inferior a 600 euros y, subsidiariamente, modifique la resolución de medidas cautelares de 28 de febrero de 2002 dictadas en el expediente de referencia en el sentido de que los locutorios afectados por ella puedan garantizar el consumo realizado a través de TESAU depositando las cantidades calculadas conforme a dicha resolución en la cuenta bancaria que TESAU señale"*

(ii) Prohibir a TESAU "*suspender el servicio telefónico a los destinatarios de su comunicación de 22 de marzo, en tanto en cuanto no se haya comunicado a los afectados el importe que debe ser objeto de garantía"*

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- Procedimiento. El artículo 72.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la modificación de las medidas cautelares adoptadas a lo largo de la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. Las entidades VIARMA, S.L. y GRUPO CIBERLINE, S.L consideran que hay circunstancias sobrevenidas o que no se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar la medida cautelar de 28 de febrero de 2002 modificada por resolución de 14 de marzo y que requieren la intervención de esta Comisión. A continuación, se analizan cada una las circunstancias a las que se refieren las citadas entidades:

Segundo. Cantidad objeto del aval

La comunicación dirigida por TESAU a los distintos prestadores de telefonía de uso público establece que éstos *"podrán acogerse a dicha medida cautelar siempre y cuando constituya un aval a favor de Telefónica de España por el importe correspondiente a la cantidad más alta devengada por acceso y consumos por el conjunto de líneas contratadas durante un mes completo en el período semestral anterior a la fecha de este escrito con independencia del periodo de facturación que se hubiese aplicado".*

Esta Comisión entiende que la Resolución de 28 de febrero de 2002 de adopción de medidas cautelares en el presente procedimiento es clara en el sentido de que la cantidad a la que asciende la cuantía del aval debe ser calculada sobre la facturación relativa al **servicio que efectivamente preste** TESAU, ya sea (i) únicamente la cuota mensual de conexión a la red telefónica, ya sea (ii) el consumo del servicio telefónico realizado, en su caso, a través de TESAU.

Tercero. La comunicación de TESAU no especifica la cantidad a la que asciende cada uno de los avales que deben ser aportados.

El importe del aval exigido por TESAU puede ser calculado por los propios destinatarios de la comunicación a la que se ha hecho referencia anteriormente, a partir de los datos relativos a la facturación generada sucesivamente por el servicio efectivamente prestado por TESAU. Asimismo, hay que destacar que ni la Resolución del Consejo de esta Comisión de 28 de febrero de 2002 adoptando la medida cautelar, ni la comunicación enviada por TESAU como consecuencia de ésta, exigen la prestación de un aval calculado sobre la base de cantidades debidas por consumo a otros operadores.

Como quiera que el importe del aval pueda ser calculado por los titulares de la correspondiente línea telefónica, se considera que la comunicación remitida por TESAU no es incompleta en este sentido.

Cuarto. La comunicación de TESAU no especifica si el mes completo por el que se devenguen las correspondientes cantidades es un mes natural o si se trata de meses de fecha a fecha

La citada Resolución de esta Comisión de fecha 28 de febrero de 2002, establece en el punto III de sus Fundamentos de Derecho que *"el importe de este aval coincidirá con el importe de las cantidades más altas devengadas durante un mes en el periodo semestral anterior, con independencia de los periodos de facturación que hasta ahora se aplicaran"*. Por su parte el escrito de comunicación dirigido por TESAU a los distintos prestadores de telefonía de uso público establece "....*constituya un aval a favor de Telefónica de España por el importe correspondiente a la cantidad más alta devengada por acceso y*

consumos por el conjunto de líneas contratadas durante un ***mes completo*** *en el período semestral anterior a la fecha de este escrito con independencia del periodo de facturación que se hubiese aplicado".*

En relación con esta cuestión, la respuesta está en los períodos de facturación que hasta ahora estableciera TESAU. Es lógico considerar que si los períodos de facturación hasta ahora eran bimestrales, se entenderá por importe correspondiente a un mes la mitad de la factura correspondiente a ese período bimestral, sea cual fuere éste.

Quinto. La falta de determinación por TESAU de la cantidad exacta que debe avalar cada destinatario de su comunicación deja a su arbitrio la posibilidad de suspender el servicio a aquellos locutorios que avalen de buena fe una cantidad distinta a aquella que TESAU tuviese por conveniente

La citada Resolución de esta Comisión de fecha 28 de febrero de 2002, establece en el punto III de sus Fundamentos de Derecho dispone que *"la falta de constitución del aval o de pago de las facturas quincenales autoriza a TESAU a suspender el servicio".* Por su parte la mencionada comunicación de TESAU a los prestadores de telefonía de uso público dice en su último párrafo que "*la falta de constitución del citado aval en dicho plazo autoriza a Telefónica de España a suspender el servicio".*

De conformidad con el fragmento de la Resolución de 28 de febrero de 2002 reproducido en el párrafo anterior, TESAU únicamente está facultada para suspender el servicio en el supuesto de que no se preste aval alguno. La prestación de un aval por una cantidad dineraria distinta de la que TESAU estimara correcta no puede originar tal suspensión si la citada cantidad ha sido calculada en la forma prevista en el apartado anterior de esta resolución, es decir, si se ha avalado una cantidad igual a la mitad de la factura bimestral más alta del último semestre. En el caso de que existieran periodos de facturación distintos, la cuantía a avalar se determinará con arreglo a idéntico criterio.

Sexto. Sobre la exigencia del aval

La propuesta de modificación de la medida cautelar de 28 de febrero de 2002 propuesta por VIARMA, S.L. GRUPO CIBERLINA, S.L., consiste en que TESAU no pueda exigir avales cuando la facturación mensual sea inferior a 600 euros y, subsidiariamente, en que los locutorios afectados por la medida cautelar puedan garantizar el consumo realizado a través de TESAU depositando las cantidades calculadas conforme a las condiciones de la citada resolución en la cuenta bancaria que TESAU señale.

En relación con el primer aspecto, cabe destacar que la modificación propuesta es contraria al principio de no discriminación, puesto que la medida cautelar adoptada mediante Resolución de 28 de febrero de 2002 está dirigida a los

prestadores de servicios de telefonía de uso público que hubieran recibido la propuesta de TESAU remitida por carta de 15 de febrero de 2002 de modificación de la relación contractual mantenida hasta ese momento con los citados prestadores, con independencia de los servicios prestados por TESAU a dichos prestadores y de la facturación generada por cada uno de ellos. En consecuencia, la adopción de la modificación propuesta supondría la aplicación de condiciones desiguales a supuestos equivalentes. Además, a menor cantidad avalada es menor el esfuerzo exigido al titular de la línea, siendo por tanto la medida proporcional.

En relación con el segundo aspecto, cabe destacar que de una interpretación conjunta de las condiciones establecidas para la constitución del aval exigido por TESAU recogidas en la Resolución del 28 de febrero de 2002 y de las condiciones establecidas en la Resolución del 14 de marzo de 2002 referentes a la posibilidad de TESAU de exigir el prepago de consumos futuros una vez superada la cuantía del aval, y de los artículos 1.176 y 1.855 del Código Civil, se desprende que el ofrecimiento de pago de la correspondiente prestación libera al deudor de su responsabilidad cuando el acreedor a quien se hiciere dicho ofrecimiento se negara sin razón a admitirlo, mediante la consignación de la cosa debida. Además, es preciso destacar que el ofrecimiento de pago sin consignación posterior tiene en el orden jurídico la consecuencia de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones. Así lo han considerado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1987 y de 21 de julio de 1947. Asimismo, de una interpretación finalista de las Resoluciones de esta Comisión mencionadas anteriormente, se deduce que la medida cautelar adoptada tiene como una de sus finalidades garantizar las posibles pérdidas en las que pudiera incurrir TESAU por la prestación de sus servicios, pérdidas que, en cualquier caso, se ven garantizadas tanto por la constitución del correspondiente aval o como por el prepago de los consumos futuros. En consecuencia, es acorde con la medida cautelar adoptada sustituir el aval por el prepago, sin que en este caso TESAU esté legitimada para suspender el servicio.

En razón de las consideraciones de hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

ACUERDA

Único.- Desestimar la propuesta de modificación de la medida cautelar de 28 de febrero de 2002, por la que se obligaba a telefónica de España, S.A.U. a no suspender el servicio telefónico en fecha 1 de abril de 2002, modificada por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

de 14 de marzo de 2002, presentada por las entidades GRUPO CIBERLINA, S.L., y VIARMA, S.L.

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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del 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,

José Giménez Cervantes.

Elisa Robles Fraga.