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 16/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de mayo de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

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

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE OBLIGA A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. A RESTITUIR EL SERVICIO DESDE EL MOMENTO EN QUE SE CONSTITUYA AVAL A SU FAVOR, ASÍ COMO A PERMITIR LAS LLAMADAS ENTRANTES, LAS SALIENTES DE URGENCIA Y LAS QUE NO GENEREN CRÉDITO A SU FAVOR EN CIERTOS CASOS. (Exp. RO 2002/6162)

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 comercial 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. La falta de constitución del aval o de pago de las facturas quincenales faculta a TESAU a suspender el servicio.

- *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. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en sesión 13/02 celebrada el día 11 de abril de 2002 decidió 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. (en adelante TESAU) a no suspender el servicio telefónico en fecha 1 de abril de 2002, modificada por acuerdo del Consejo de la Comisión de 14 de marzo de 2002, presentada por las entidades GRUPO CIBERLINA, S.L. y VIARMA, S.L.

Quinto.- Con fecha 22, 23 y 26 de abril de 2002, han tenido entrada en el Registro de esta Comisión escritos de las entidades PLASTIC CARDS SYSTEMS, S.L.; BCC L. COMUNICACIONES, S.L.; CALL HOMES SHOPS, S.L.; SPUNKSTER, S.L. y BASICA TELECOM, S.L., dedicadas a la explotación de teléfonos públicos, en los que en síntesis ponen de manifiesto los siguientes aspectos,

1. Que la suspensión del servicio llevada a cabo por TESAU es irregular, ya que, de acuerdo con la estipulación decimocuarta del contrato-tipo de abono al servicio telefónico para la explotación de un terminal destinado al uso público en establecimiento público, "Durante el periodo de suspensión del servicio, el abonado podrá seguir manteniendo el servicio para llamadas entrantes y llamadas salientes de urgencia, debiendo continuar con el pago de las cuotas periódicas fijas". Estipulación que concuerda con lo recogido en el art. 39 punto 8 y art. 41 punto 2 párrafo d) del Real Decreto 1912/1997 de 19 de diciembre.

2. Que la suspensión de todas las líneas y la suspensión para las llamadas entrantes han provocado daños de difícil o imposible reparación, no sólo a estas empresas sino también a sus clientes, al impedir el desarrollo normal de su actividad que en gran medida depende de la recepción de llamadas, dañando también la imagen de la empresa.

3. Que TESAU está ejerciendo un abuso de posición de dominio en la medida que ha procedido a suspender el servicio de telefonía, ha roto unilateralmente la relación contractual y ha impuesto nuevas condiciones que han de regir las relaciones comerciales, y todo ello sobre la base de intentar garantizarse el pago total de las posibles deudas que se puedan generar por parte de los clientes que se dedican a la actividad de locutorios, lo que pone de manifiesto el abuso de derecho por parte de TESAU.

4. Que debido a que el aval no se presentó dentro del plazo marcado, TESAU suspendió el servicio. Con posterioridad al plazo indicado, se constituyó aval por la cantidad estipulada en la resolución de 28 de febrero de 2002, entendiéndose por estas entidades que, si bien TESAU tenía facultad para suspender el servicio, no tenía facultad para el corte definitivo de las líneas, debiendo restituir el servicio desde el mismo momento en que se constituya aval a su favor.

Por todo lo anterior, estas entidades solicitan a esta Comisión:

> Que esta Comisión ordene a TESAU que restablezca con carácter inmediato las llamadas entrantes en las líneas de esta empresa

dedicadas al servicio de reventa de trafico mediante teléfonos de monedas, así como el tráfico saliente dirigido a llamadas de urgencia.

II.2. Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

La presente resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar que asegure el efecto útil de la resolución que en su día se dicte en el procedimiento iniciado por esta Comisión a instancia de los prestadores del Servicio de Telefonía de Uso Público a través del acceso y del servicio telefónico contratado por TESAU.

El artículo 1º de la Ley 12/1997 de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones dispone en su punto seis que la CMT, 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.

En este caso concreto, además, el artículo 25 de la LGTel, antes citado, establece claramente la posibilidad de que se adopten medidas provisionales durante la tramitación de los conflictos, hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones faculta a la CMT para adoptar medidas cautelares, una vez incoado el procedimiento correspondiente de oficio o a instancia de parte, pudiendo consistir las mismas en órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que se refiere el procedimiento o en la imposición de fianza de cualquier clase, excepto la personal, que sea bastante para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar. Por último, el citado artículo 31 impide dictar medidas cautelares que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

La escueta regulación expuesta sobre adopción de medidas cautelares se completa con lo dispuesto en la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, por la cual se rige la Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la Ley le atribuye, conforme establece el artículo 1.Uno párrafo 2 de la Ley 12/1997 de 24 de abril antes citada. Esta Ley, que fue modificada por la Ley 4/1999, contiene, en lo que a este caso se refiere, las mismas previsiones antes descritas.

II.3. Concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

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 (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.).

Concurren en el presente expediente los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, a saber: existencia de elementos de juicio suficientes; necesidad para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer e inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o violación de derechos amparados en leyes.

a) Existe una norma jurídica que permite la adopción de las medidas cautelares en el marco del presente expediente.

Como se ha indicado anteriormente en el apartado precedente esta Comisión está facultada para adoptar medidas cautelares en el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.seis de la Ley 12/1997 de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones en relación con el artículo 1.Dos .1 y 1. Dos. 2 e) del mismo texto legal y el artículo 25 de la LGTel, así como en el artículo 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b) Apariencia de buen derecho.

La previsión establecida en las Resoluciones adoptadas por el Consejo, en el seno de este expediente, que habilitan a TESAU a **suspender** el servicio, en ningún caso faculta a la resolución definitiva del contrato. Como medidas cautelares, se adoptan a la espera de que finalice la tramitación de este expediente, siendo una de sus finalidades garantizar las posibles pérdidas económicas en las que pudiera incurrir TESAU por la prestación de sus servicios. Es por este motivo por lo que se habilita a TESAU a que exija aval, o prepago de los consumos futuros, procediéndose a la suspensión del servicio en caso contrario. De esta forma, desde el mismo momento que se constituye aval o se realiza el prepago por un titular de una línea, TESAU debe mantener (si lo hace en plazo) o restituir (en los demás casos[1]) el servicio. Y ello porque el establecimiento de un plazo para constituir el aval o prepagar trata de impedir que TESAU pudiera suspender el servicio de forma inmediata. Es decir,

[1] Por ejemplo en los supuestos en los que no se haya constituido en el plazo de los cinco días desde su requerimiento establecido en la resolución de 28 de febrero de 2002.

se le concede un plazo de cinco días a los titulares de líneas para que constituyan aval antes de la suspensión del servicio. Si la constitución del aval o el prepago se hace con posterioridad TESAU **deberá restituir el servicio de manera inmediata.**

Por otra parte, en caso de suspensión del servicio por falta de aval o prepago, ha de precisarse que la relación contractual existente entre las partes se mantiene sin modificaciones, salvo lo dispuesto en las medidas cautelares, debiéndose interpretar la suspensión dentro de este contexto.

Para entender esta afirmación, hay que tener en cuenta que la relación contractual entre las partes sigue siendo, salvo las modificaciones introducidas en las medidas cautelares, las que éstas firmaron en su momento. Con anterioridad a la adopción de medidas cautelares, los clientes de acceso directo de TESAU, hayan firmado o no materialmente un contrato, debían regirse bien por contratos específicos, bien por los contratos-tipo que hasta entonces existían. Sea cual sea la modalidad de contrato-tipo aprobado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información u Organismo competente en el pasado, la normativa tanto anterior como actual[2] exige que las cláusulas relativas a la suspensión, dispongan que ***"la suspensión del servicio únicamente afectará a las llamadas salientes, excepto las de urgencia"[3].*** De esta forma, aún cuando se mantenga la suspensión temporal del servicio, queda claro que **la relación contractual todavía subsiste** y que el servicio seguirá prestándose mediante el acceso contratado para las llamadas entrantes, salvo las de cobro revertido, y las llamadas salientes de urgencia. Por lo demás, y a fin de evitar perjuicios irreparables a los titulares de estas lineas, TESAU no podrá resolver su contrato mientras se sustancia el presente procedimiento.

Por otra parte, deben asimismo analizarse dos situaciones especiales:

La primera se da en aquellos casos en que **el titular de la linea no ha cursado tráfico con TESAU en los últimos seis meses** (periodo que ha de considerarse para fijar la cuantía del aval o del prepago). Se trata de aquellos supuestos en que las llamadas salientes no generan crédito a favor de Telefónica contra el cliente de acceso directo. Así, los números 900 se utilizan por algunos operadores del servicio telefónico disponible al público como forma alternativa al acceso mediante selección de operador. También se encuentran en esta situación las llamadas salientes en las que se utiliza la selección de operador (llamada a llamada o preselección) en las que el que paga a TESAU es el operador seleccionado, por lo que cursarlas no supone un perjuicio

[2] Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, o el Reglamento del Servicio Universal.

[3] Art. 41 del Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, aprobado por Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre y art. 59.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

añadido para el operador de acceso. En esta situación, el titular de la linea sólo estará obligado a avalar o prepagar las cuotas de abono correspondientes al periodo de facturación que haya convenido con TESAU (si es que el contrato no contempla, como sucede en muchas ocasiones, el pago adelantado de estas cuotas de abono, en cuyo caso no ha de constituirse aval alguno). No obstante, en estos supuestos, y para evitar que el titular de la linea haga consumos cuyo cobro no está asegurado, TESAU podrá proceder a bloquear **exclusivamente** las llamadas entrantes de cobro revertido y las llamadas salientes que generarían crédito a su favor. No podrá bloquear, en consecuencia, ni las demás llamadas entrantes ni las llamadas salientes con selección de operador o a números gratuitos para el llamante (números 900).

La segunda situación especial es aquella en la que **el titular de la linea ha cursado tráfico con TESAU en los últimos seis meses,** por lo que, para que no proceda la suspensión, habría de avalar o prepagar a TESAU una cantidad equivalente al mes de mayor consumo del último semestre. Sin embargo, puede que el titular de la linea **decida que su tráfico sea cursado por un operador alternativo** (con código de selección de operador, preasignación, números 900, etc). En esta hipótesis, una interpretación literal y rigurosa de la medida cautelar de esta Comisión autorizaría a TESAU a suspender el servicio si no se avala o prepaga en la cuantía indicada. Sin embargo, esta interpretación es contraria al espíritu de la medida cautelar adoptada por la Comisión. Su finalidad es evitar riesgos de impago a TESAU, pero tal riesgo de impago no existe si el titular de la linea no va a cursar en lo sucesivo a través de TESAU ninguna llamada que genere crédito a favor del citado operador. En estos casos, pues, se aplicará la misma solución anterior: el titular de la linea sólo estará obligado a avalar o prepagar las cuotas de abono correspondientes al periodo de facturación que haya convenido con TESAU (si es que el contrato no contempla, como sucede en muchas ocasiones, el pago adelantado de estas cuotas de abono, en cuyo caso no ha de constituirse aval alguno). TESAU podrá proceder a bloquear **exclusivamente** las llamadas entrantes de cobro revertido y las llamadas salientes que generarían crédito a su favor. No podrá bloquear, en consecuencia, ni las demás llamadas entrantes ni las llamadas salientes con selección de operador o a números gratuitos para el llamante (números 900). En estos casos, la prestación de aval o el prepago de una cantidad que cubra sólo la cuota de abono presume la voluntad del titular de la linea de mantenerla sin cursar tráfico con TESAU.

Finalmente, algunos titulares de lineas señalan la dificultad de poner en conocimiento de TESAU su voluntad de acogerse a la medida cautelar, bien por desconocimiento de la oficina de TESAU donde ha de hacerse llegar el documento acreditativo de la constitución del aval, bien por desconocimiento de los datos bancarios de la cuenta donde ha de hacerse el prepago. Ello provoca que, en ocasiones, se proceda a la suspensión del servicio pese a haberse cumplido los requisitos establecidos en la medida cautelar. Esta situación ha de ser corregida, obligando a TESAU a precisar los citados datos.

c) Necesidad y urgencia de la medida.

Las medidas cautelares propuestas en el presente expediente son necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y su adopción es urgente pues en caso contrario difícilmente podrían subsanarse los perjuicios ocasionados a los titulares de las líneas y a los operadores que a través de estas prestan de forma indirecta el servicio telefónico fijo disponible al público.

Por otra parte, la medida cautelar no perjudica a Telefónica ya que por el hecho de cursar estas llamadas no aumenta el monto del crédito a su favor frente al titular de la línea moroso.

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

ACUERDA

Primero.- TESAU deberá restituir el servicio suspendido desde el mismo momento en que se constituya aval o se prepaguen las cantidades establecidas, para los distintos supuestos, en las Resoluciones de 28 de febrero y 14 de marzo de 2002 y en la presente medida cautelar.

Segundo.- El servicio prestado por TESAU a los titulares de líneas objeto del presente procedimiento, aún cuando se encuentre en situación de suspensión, deberá permitir cursar todas las llamadas entrantes salvo las de cobro revertido y las salientes dirigidas a números de urgencias.

Tercero. Los titulares de lineas que no vayan a cursar llamadas salientes que generen crédito a favor de TESAU contra los mismos sólo estarán obligados a avalar o prepagar las cuotas de abono correspondientes al periodo de facturación que hayan convenido con TESAU (si es que el contrato no contempla, como sucede en muchas ocasiones, el pago adelantado de estas cuotas de abono, en cuyo caso no ha de constituirse aval alguno). Constituido el aval o prepagadas las cuotas de abono, TESAU podrá proceder a bloquear exclusivamente las llamadas entrantes de cobro revertido y las llamadas salientes que generarían crédito a su favor contra el titular de la linea. No podrá bloquear ni las demás llamadas entrantes ni las llamadas salientes con selección de operador o a números gratuitos para el llamante (números 900).

En estos casos, la prestación de aval o el prepago de una cantidad que cubra sólo la cuota de abono presume la voluntad del titular de la linea de mantenerla sin cursar tráfico con TESAU.

Cuarto.- La situación de suspensión del servicio que tenga su origen en la no constitución del aval o prepago a que se refieren las Resoluciones de 28 de febrero y 14 de marzo de esta Comisión se mantendrá hasta que se resuelva definitivamente este expediente.

Quinto. El día siguiente a la notificación de esta resolución, TESAU deberá comunicar a esta Comisión los datos de la/s cuenta/s bancaria/s donde podrá hacerse efectivo el prepago a que hacen referencia las resoluciones de esta Comisión y la dirección (con su número de fax) de la oficina donde ha de comunicarse el prepago o hacerse llegar los documentos acreditativos de la constitución del aval. Estos datos se harán públicos por esta Comisión en su página web (cmt.es).

Sexto. Cualquier pago realizado por los clientes de acceso directo objeto de esta resolución a favor de TESAU se imputará preferentemente al pago de cantidades en concepto de cuota de abono, con las consecuencias previstas en el apartado tercero anterior.

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. EL PRESIDENTE,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana