COMISIÓN 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 nº 15/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de abril de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES TENDENTES A GARANTIZAR LA CONTINUIDAD Y PERMANENCIA DE LAS CODICIONES DE ACCESO AL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PUBLICO OFRECIDO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (EXP. 2002/ 6625)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de abril de 2002, tiene entrada en esta Comisión escrito de D. Nicholas Alexander en nombre de Tarjetas Telefónicas Intercall S.L. en el que se pone de manifiesto que el servicio telefónico prestado por Telefónica de España a través de determinados accesos (cabinas telefónicas) va a sufrir modificaciones en sus características técnicas. Estas modificaciones consisten en que las llamadas a números de red inteligente dejarán de funcionar con marcación de tonos, impidiendo así la línea de negocio de aquellos operadores que prestan el servicio telefónico utilizando llamadas a números 900, combinando esta con la marcación de claves asociadas a tarjetas prepago. En aras a la continuidad del servicio que obliga a Telefónica, Intercall pide la intervención de esta Comisión para evitar esta modificación en la prestación del servicio telefónico mediante acceso directo y solicitan la adopción de una medida cautelar que obligue a Telefónica a seguir prestando el servicio como hasta ahora.

Segundo.- El 23 de abril de 2002 se comunica a las partes el inicio del expediente en el que se adopta la presente medida cautelar.

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

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

Primero.- 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 expediente abierto como consecuencia de la solicitud de Intercall.

En efecto, mientras se tramita el correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la normativa sobre acceso en particular la continuidad y permanencia del servicio que se consagra en el art.7. d) del Reglamento de Servicio Universal, sin perder de vista otro bien jurídico protegido indirectamente por la misma, esto es, la garantía de la competencia efectiva y la protección de aquellos operadores que utilizan los accesos de Telefónica mediante la marcación con tonos de un número 900, como medio alternativo a la interconexión de acceso que les permite prestar el servicio telefónico a sus clientes.

Segundo.- 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.

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.).

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.

El art. 7 d) del Reglamento de Servicio Universal obliga a los operadores que tengan reconocidos derechos genéricos de ocupación de la propiedad pública y privada[1] – como es el caso de Telefónica – a que respeten, en la prestación de sus servicios, los principios de continuidad y permanencia del servicio. Por otra parte, siendo el acceso un tipo de interconexión tal y como reconoce el propio art. 1.1 del Reglamento de Interconexión, los conflictos que se planteen y de los que esta Comisión es competente en virtud del citado art.25 de la LGT, se resolverán aplicando los principios recogidos en el art. 2.6 del citado Reglamento que entre otros cita no sólo el interés del usuario[2], sino también la necesidad de promover la competencia. En este sentido, no hay que olvidar que algunos operadores utilizan los accesos de Telefónica y de otros operadores de acceso directo que permiten la marcación con tonos de un número 900, como medio alternativo a la interconexión de acceso que les permite prestar el servicio telefónico a sus clientes. En estos casos, la comercialización del servicio se hace mediante un prepago en el que el cliente recibe una clave que se teclea en el terminal después de haber marcado el número 900 xxx xxx correspondiente.

.

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 deberá producirse a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la resolución que se dicte.

Lo que se trata de evitar pues es que, mientras se tramita el correspondiente expediente se eviten los daños de imposible o difícil reparación que sobre otros operadores pudiera tener el hecho de que el cliente de acceso directo de Telefónica recibiera los servicios asociados al acceso de forma diferente a como lo venía haciendo impidiendo la marcación por tonos en las llamadas a 900 cuando hasta ahora era posible y por lo tanto impidiendo que estos otros operadores puedan prestar el servicio.

Por otra parte, esta medida en nada perjudica a Telefónica puesto que, si hasta ahora prestaba el servicio en estas condiciones es porque técnicamente podía, por lo que su adopción no le supone una inversión añadida ni el uso de recursos adicionales que pudieran servir para otras actividades que, como consecuencia quedaran mermadas en sus posibilidades de desarrollo.

[1] Art.44.2 del Reglamento de servicio Universal.
[2] Entre otros dotar al usuario de una amplia gama de servicios

Conforme a los anteriores fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

Único.- Que Telefónica de España S.A.U. siga prestando el servicio telefónico de acceso directo mediante marcación con tonos (señalización de registrador por tonos o multifrecuencia o señalización DTMF) en aquellos puntos de terminación en los que así lo venía haciendo.

El incumplimiento de la presente resolución puede ser considerado como infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

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 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.

Vº Bº
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes