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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de enero de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ADOPTA UNA MEDIDA CAUTELAR AUTORIZANDO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA.U. para que proceda a desconectar su red de la AXS Telecom España, S.A.U. (actualmente denominada Liberty Surf España Telecom, S.A.U.). **Expediente 2001/5443.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante escrito presentado el día 4 de octubre de 2001, D. Paul Elosegui Insausty, en nombre y representación, en su calidad de liquidador, de la entidad **LIBERTY SURF TELECOM ESPAÑA, S.A.** (anteriormente denominada AXS Telecom España, S.A.), solicitó la renuncia a las Licencias Individuales cuya titularidad ostenta dicha entidad:

- ✓ Una Licencia Individual de tipo B1, en el ámbito territorial de la provincia de Barcelona, otorgada por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de julio de 1999. El servicio telefónico disponible al público se inició día 5 de octubre del mismo año.

- ✓ Una Licencia Individual de tipo B1, en el ámbito territorial de la provincia de Madrid, otorgada por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de julio de 1999, no habiendo iniciado la prestación del servicio telefónico disponible al público.

- ✓ Una Licencia Individual de tipo C1, otorgada por Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 1 de julio de 1999, no habiendo iniciado la explotación de la red.

Segundo. Posteriormente, mediante escrito presentado el día 25 de octubre de 2001, D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación, en su calidad de Secretario General, de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** (en adelante Telefónica) comunicó que había tenido conocimiento, pues así se lo había manifestado la sociedad licenciataria AXS TELECOM ESPAÑA, S.A. (en adelante AXS), que dicha operadora, al no poder hacer frente a las obligaciones que le imponía su licencia individual, había solicitado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la revocación de la misma y ello como consecuencia de haber decidido dejar de prestar el servicio telefónico disponible al público.

Habiendo tenido constancia de que dicha solicitud ya se había presentado ante este Organismo, en dicho escrito se manifiesta que, con fecha 14 de marzo de 2000, dicha entidad suscribió un Acuerdo General de Interconexión con la entidad AXS cuyo objeto era el de interconectar las redes de ambos operadores de forma que fuera posible la interoperatividad de los servicios.

En dicho Acuerdo de Interconexión, según expone Telefónica, se establece, en la cláusula 15.1.3, que el mismo se extinguirá, además de por las causas generales admitidas en derecho, por revocación, extinción o modificación, por cualquier causa, de la licencia que ostenta cualquiera de las partes, cuando en este ultimo supuesto ello impida el cumplimiento de las obligaciones previstas en dicho Acuerdo; haciendo constar, en lo que se refiere a la apreciación de que la revocación de la licencia impida el cumplimiento de las obligaciones previstas en el AGI, que esta habrá de efectuarse "... *por las partes de mutuo acuerdo o, en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones".*

Tercero. Al escrito ya mencionado, Telefónica acompaña una serie de documentos entre los que cabe destacar:

- ✓ Copias de las Actas de los Comités de Consolidación entre AXS y TELEFONICA correspondientes a la consolidación de los importes de tráfico de interconexión correspondientes a varios periodos comprendidos entre el 01-1-2001 y el 24-06-2001. Actas que no han sido firmadas por el presentante de AXS.

- ✓ Copia de diferentes comunicaciones remitidas a AXS vía fax o correo electrónico en relación con los documentos anteriormente mencionados.

- ✓ Copia de varias facturas emitidas por Telefónica a nombre de AXS con vencimiento los días 24 de marzo, 26 de abril, 28 de mayo y 26 de julio, respectivamente, que alcanzan un determinado importe pendiente de abono en el momento de la remisión del escrito.

En consecuencia, a la vista de la cantidad adeudada y con el fin evitar seguir sufragando unos costes de interconexión, dada, además, la solicitud de renuncia

formulada por AXS, Telefónica solicita de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorización para desconectar su red de la de dicho operador,

Cuarto. Recibida la solicitud de renuncia formulada por AXS que se cita en el Expositivo primero, se inició el correspondiente expediente de extinción, realizándose las actuaciones que a continuación se detallan:

- ✓ Inserción en el B.O.E. del anuncio de información pública sobre la solicitud formulada por la sociedad mercantil LIBERTY SURF TELECOM ESPAÑA, S.A. (anteriormente denominada AXS Telecom España, S.A.) renunciando a las Licencias Individuales indicadas en el Expositivo primero, con el fin de que aquellas personas o entidades que pudieran considerarse afectadas por dicha renuncia pudieran tener acceso al expediente y formulas las alegaciones oportunas en el plazo de 20 días. Dicho anuncio fue publicado en el B.O.E. núm. 282, del día 24 de noviembre de 2001, sin que en el plazo estipulado se haya solicitado el acceso al expediente o presentado alguna alegación.

- ✓ Mediante escrito remitido el día 4 de diciembre de 2001, se puso en conocimiento de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de la Organización de Consumidores y Usuarios y de la Asociación de Usuarios de Telecomunicaciones la solicitud de renuncia presentada por AXS, con el fin de que presentaran las alegaciones que estimaran pertinentes. Dichos escritos, según consta en los Acuses de Recibo facilitados por el Servicio de Corroes y Telégrafos, fueron recibidos por los destinatarios el día 10 del mismo mes, sin que hasta la fecha se haya recibido alegación alguna.

- ✓ A instancias de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, D. Paul Elosegui, en su calidad de liquidador de AXS, ha remitido la documentación que se detalla en las fechas que se citan:
  - En escrito presentado el día 22 de noviembre de 2001, remitió la lista de los clientes a los que dicha entidad comunicó el cese de la actividad mediante un escrito enviado por correo certificado, según consta en el matasellos de correos, el día 2 de octubre de 2001.
  - En escrito presentado el día 28 de diciembre de 2001, manifiesta que:
    - Los recursos de numeración no están siendo utilizados, puesto que desde que se envió la carta a los clientes con el anuncio del cese de la actividad, éstos dejaron de utilizarlos, sin que por parte de la empresa se haya hecho uso alguno de los mismos.
    - En cuanto a los posibles afectados o interesados respecto de los cuales AXS hubiera adquirido obligaciones derivadas de sus licencias, no se tienen pendientes de pago cantidades por parte de los clientes a quienes se envió la carta indicada en el párrafo anterior ni por parte de AXS a favor de dichos clientes.
    - Tras el anuncio publicado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el B.O.E. ninguna persona física o jurídica se han dirigido a dicha entidad reclamando el cumplimiento de obligaciones pendientes de pago o cantidades adeudadas.

- En relación con la prestación del servicio telefónico, éste se ha facilitado a los clientes en la modalidad de acceso indirecto, con selección de llamada a llamada, sin que se haya contratado con ningún cliente la facilidad de la preasignación, no facilitando, además, en ningún momento el servicio telefónico en acceso directo.
- En lo relativo a los Acuerdos de Interconexión suscritos con otros operadores, solo se tiene constancia del AGI suscrito con Telefónica el día 14 de marzo de 2000, empresa con la que se ha tenido ocasión de contactar para anunciarle la situación de la empresa y el próximo cese de la actividad, habiéndose iniciado las conversaciones previas a la resolución de dicho Acuerdo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial de la CMT. En el artículo 1.Dos.2, letra e) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante Ley 12/1997) y en los artículos 19.2 y 22 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se establece que *"es función de esta Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente, o si no llegasen los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto"*

Asimismo, el artículo 25 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) concreta dicha habilitación, al establecer que se puedan adoptar medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

Segundo. Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares. El artículo 1º de la Ley 12/1997 dispone en su punto seis que 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. También el artículo 25 de la LGTel reconoce la posibilidad de adoptar medidas provisionales hasta que se dicte la resolución definitiva.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 31 de Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones faculta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.

Esta regulación sobre adopción de medidas provisionales se complementará con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de abril de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la cuál se rige esta 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.

Tercero. Concurrencia de los supuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares. La Ley General de Telecomunicaciones, establece en su artículo 22.2 la obligación de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones de facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores de mismo tipo de redes y servicio telefónicos disponibles al público que lo soliciten. Es la propia Ley la que define en su anexo la interconexión como *"la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores".* Es, por tanto, la interoperabilidad, que se identifica como la posibilidad y el derecho de los usuarios de telefonía a acceder a los distintos servicios ofertados por los diferentes operadores, la razón de ser de todo el régimen de la interconexión.

Por consiguiente, en la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectiva aplicación de la normativa sobre interconexión, sin perder de vista, en el caso que nos ocupa, uno de los bienes jurídicos protegidos por la misma, esto es, la protección del derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios facilitados por los diferentes operadores.

Es por esto, que la presente resolución tiene por objeto la adopción de una medida cautelar autorizando a Telefónica de España a desconectar su red de la de AXS, con el fin de evitarle los posibles gastos que le ocasionaría el mantenimiento del Acuerdo de Interconexión firmado en su día con esta última entidad, pero sin olvidar, como se ha indicado en el párrafo anterior el derecho de los clientes de AXS a disponer del servicio telefónico disponible al público que ésta les facilitaba.

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).

- En cuanto a la existencia de norma jurídica que permita la adopción de medidas cautelares, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está

facultada para la adopción de dichas medidas, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente.

- Por otro lado, parece razonable la petición de desconexión formulada por Telefónica en cuanto que ésta está fundamentada en el temor de que pudiera generarse un gasto económico de difícil recuperación, vistos los intentos fallidos para cobrar la facturación pendiente.

  Si bien, ante esta circunstancia debe quedar constancia de que si en un primer momento Telefónica no pudo ponerse en contacto con AXS, el liquidador de ésta ya ha iniciado los trámites oportunos para resolver el AGI firmado el día 14 de marzo de 2000.

- Por último, se considera que no se vulnera el derecho de los clientes de AXS a disponer del servicio telefónico disponible al público que ésta les facilitaba ya que como indica el liquidador de esta sociedad, dichos clientes, desde que les fue comunicado el cese de la actividad, han dejado de utilizar el servicio facilitado por la entidad. Además, según consta en la documentación aportada, AXS solo ha facilitado el servicio telefónico disponible al publico en acceso indirecto, mediante la modalidad de llamada a llamada, sin utilizar la preasignacion. En consecuencia, los referidos clientes podrían seguir disfrutando del servicio telefónico disponible al público a través del operador que tuvieran inicialmente contratado.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en ejercicio de las funciones que le atribuye el artículo 1, apartado dos, 2.b) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y de acuerdo con la Disposición derogatoria única, párrafo cuarto, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones,

A C U E R D A Adoptar la siguiente medida cautelar:

Primero. Autorizar a la sociedad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SA.U. para que proceda a desconectar su red de la AXS Telecom España, S.A.U. (actualmente denominada Liberty Surf España Telecom, S.A.U.).

Segundo. Con carácter previo a la desconexión, Telefónica de España, S.A. deberá comunicar tal circunstancia a la sociedad Liberty Surf España Telecom, S.A.U.

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 le 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 María Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes