



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

D. JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 35/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de septiembre de 2003, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

#### **RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 24 DE JULIO DE 2003, RELATIVA A LA GARANTÍA DE LA INTEROPERABILIDAD DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL DESDE LA RED MÓVIL DE ESTE OPERADOR.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Retevisión Móvil, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de 24 de julio de 2003, recaída sobre el expediente RO 2003/800, por la que se garantiza la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde la red móvil de Retevisión Móvil, S.A., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 35/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 26 de septiembre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1272.

### **HECHOS**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de marzo de 2003, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) un escrito presentado por la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido en las Telecomunicaciones (AVA), por el que denunciaba que Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, AMENA) *“tiene desconectados a sus abonados de los servicios de tarificación adicional (números con prefijo 906 y 803/806/807 a partir de junio de este año) y únicamente son conectados cuando expresamente se solicita por aquellos”*.

**SEGUNDO.-** A la vista del escrito presentado por AVA, se abrió un período de información previa para conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento al respecto.

**TERCERO.-** Por Acuerdo de 14 de mayo de 2003, el Consejo de la CMT decidió iniciar el correspondiente procedimiento administrativo al objeto de garantizar la interoperabilidad efectiva de los servicios de tarificación adicional desde los terminales conectados a la red de telefonía móvil de AMENA.

**CUARTO.-** Por escrito de 4 de junio de 2003 se incorporó al procedimiento iniciado un escrito de Nanico Distribuciones, S.L., en el que se denunciaba que AMENA estaba impidiendo el acceso desde sus terminales de prepago a sus servicios de tarificación adicional prestados a través de numeración de red inteligente de rango 906.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el seno del procedimiento abierto se procedió a dar trámite de audiencia a los interesados. Presentaron alegaciones AVA y AMENA. Nanico Distribuciones no presentó alegación alguna.

**SEXTO.-** Por Acuerdo del Consejo de la CMT de 24 de julio de 2003 se aprobó la Resolución para garantizar la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde la red de Retevisión Móvil, S.A. El RESUELVE de la misma establece lo siguiente:

***“Único.-** Obligar a RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. a garantizar, en el plazo de un mes, la interoperabilidad directa y automática de las llamadas a los servicios de Red Inteligente que sirvan de soporte a los servicios de tarificación adicional (906) desde todos sus terminales prepago y post-pago, en el mismo momento en el que les active el alta en el servicio de telefonía móvil. Dicha interoperabilidad ha de ser igualmente garantizada en el mismo plazo de un mes para todos los terminales prepago y post-pago dados de alta en el servicio telefónico móvil antes de la presente Resolución.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*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.”*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 27 de agosto de 2003 ha tenido entrada en el Registro de la CMT escrito presentado por Amena por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución de 24 de julio de 2003 mencionada.

Para fundamentar el recurso interpuesto, AMENA realiza una serie de alegaciones que agrupa en cuatro motivos de impugnación:

- *Razones de orden jurídico:*

Con relación a este motivo, AMENA realiza, básicamente, las siguientes alegaciones:

- Que el derecho de los usuarios a la desconexión de determinados servicios se regula como un derecho de mínimos, y, en consecuencia, *“Puede por tanto afirmarse que en el espíritu y en la letra del legislador puede interpretarse claramente que cualquier protección que vaya más allá de ese mínimo es perfectamente ajustada a derecho y lo que es más, loable”*.
- Que la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 29 de enero de 2003 insta a Telefónica de España a adoptar las medidas necesarias para que el servicio que se presta a través del prefijo 903 (que englobaría los servicios que puedan producir efectos indeseados sobre determinados colectivos, y, en particular, sobre la juventud y la infancia) solamente resulte accesible desde los teléfonos de los abonados que expresa y fehacientemente manifiesten su deseo de disfrutarlo o les permita eliminar los efectos indeseados de un acceso indiscriminado al mismo.
- Que la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 17 de diciembre de 1998 reitera que Telefónica de España dará acceso a los números 903 únicamente a aquellos usuarios que lo soliciten expresamente.
- Que el Código de Conducta aprobado en el año 1994 por la Comisión de Supervisión de los servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional realiza una clasificación de estos servicios en la que se configuran unos servicios de acceso general por ser de interés social (906) y otros de acceso bajo petición expresa del cliente (903).
- Que por Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 16 de julio de 2002 se ha acordado la



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sustitución de los prefijos 903 y 906 por los prefijos 803, 806 y 807, estando destinado el 803 al uso exclusivo de adultos, el 806, a ocio y entretenimiento, y el 807, a servicios profesionales.

- Que, con fecha 1 de agosto de 2003, el Ministerio de Ciencia y Tecnología ha remitido a AMENA un anteproyecto de Orden Ministerial que modifica la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, relativa a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional. Señala Amena que el anteproyecto *“proclama los servicios de tarificación adicional como servicios de libre acceso e incorpora la posibilidad de que de “oficio o instancia individual de los operadores”, se podrá determinar mediante Resolución de la SETSI los números o rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras, a los que no sea de aplicación el derecho general de desconexión”* y que *“En estos casos, los abonados que lo deseen deberán solicitar expresamente a su operador la conexión a este tipo de servicios”*.
- *Razones de orden social:*

Con relación a este motivo, AMENA realiza, básicamente, las siguientes alegaciones:

- Que, a lo largo del tiempo, se ha venido constatando la prestación a través del código 906 de servicios que, por su contenido, deberían ser prestados a través del código 903, accesibles, por tanto, a petición expresa del usuario.
- Que, con la aprobación de la Resolución de 16 de julio de 2002, por la que se atribuyen los códigos 803, 806 y 807 a los servicios de tarificación adicional, y del Código de Conducta relativo a la prestación de estos servicios (16 de diciembre de 2002), *“parece haberse olvidado que, originariamente, existía una distinción básica y esencial, dos tipos de servicios 903 y 906, atendiendo a sus contenidos”*. Especifica AMENA: *“El primero y dada la sensibilidad de los mismos... se establecía como servicio accesible bajo petición expresa del cliente o usuario. Y, el segundo –servicios 906- ... de acceso general por los clientes por ser principalmente servicios de interés general”*.
- Que *“la práctica y la realidad, motivado por una total permisividad y transigencia, ha permitido que los servicios que obligatoriamente debían prestarse bajo código 903, se ofrecieran bajo códigos 906”*. Según AMENA, *“Todo ello, es debido, a nuestro juicio, a la insuficiencia de recursos de la Comisión de Supervisión para controlar y clasificar los distintos servicios –unos de acceso general y otros de petición expresa del abonado- y, por otra parte, cierta desidia en la exigencia del riguroso cumplimiento del contrato que liga a los operadores soporte de estos servicios de tarificación adicional con el prestador de servicios, para que cumplan escrupulosamente la clasificación de los servicios”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“las experiencias vividas en el ámbito de la telefonía fija podrían haber sido similares en la telefonía móvil si no se hubiera adoptado medidas de precaución e impuesto sistemas que, de algún modo, permitieran controlar y garantizar que la activación de un servicio 906, fuera fruto de una decisión libre, voluntaria y plenamente consciente del abonado, pues los contenidos así lo requerían”.*
- Que *“si llevamos hasta sus últimas consecuencias la Resolución de 24 de julio de 2003 (esto es, acceso directo y automático), los usuarios se verán obligados irremediablemente a asumir un riesgo por el posible uso de estos servicios por personas distintas a su titular, y en particular, en el ámbito familiar el uso que puedan hacer los menores”.*
- Que *“aprovechando la modificación de la Orden Ministerial reguladora del acceso a estos servicios daremos cumplido trámite al período de alegaciones sobre el anteproyecto de OM dispuesto por el Ministerio, para que se contemple de forma expresa y sin lugar a equívocos la interpretación adecuada de los términos de continua controversia (libre acceso, acceso automático, acceso directo,...) de tal modo que la articulación realizada por Amena del acceso a los servicios de tarificación adicional tenga mayor cobertura legal si cabe”.*
- Que *“El libre acceso no puede, en ningún caso, interpretarse como entiende la CMT como acceso directo y automático si atendemos a los contenidos que estos servicios ofrecen” y que “El sistema de provisión de servicios de tarificación adicional implementado por Amena, se enmarca, perfectamente, como un servicio de libre acceso (basta realizar una llamada a los números 470/471) aunque estos servicios estén desconectados por defecto”. AMENA añade, además, que este sistema está fundamentado en causas objetivas “tal y como ha puesto de manifiesto el incumplimiento sistemático de la clasificación de servicios por parte de los prestadores de tarificación adicional”.*
- *Interpretación equivocada del principio de interoperabilidad:*

AMENA considera que la CMT hace una interpretación equivocada del principio de interoperabilidad, entendiéndolo como interoperabilidad “directa y automática”. Con relación a este motivo, realiza las siguientes alegaciones:

- Que el artículo 56.3 del Reglamento de servicio universal, aprobado por Real Decreto 1736/1998, y el artículo 4.3 de la Orden PRE/361/2002, confirman *“una distinción evidente, entre un servicio básico, y otros servicios que son opcionales sobre los cuales el abonado podrá optar o no por su contratación”.* Considera AMENA que *“Otro claro ejemplo es que la disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, excluidos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“el principio de interoperabilidad es predicable de todos los servicios de telecomunicaciones, principio que Amena no discute, sin embargo, entender que la aplicación del mismo conlleva la oferta y el acceso a los servicios de tarificación adicional, de modo directo y automático, resulta ser ésta una interpretación claramente al margen de la normativa vigente”*.
- Que la Orden PRE/361/2002 proclama que el cumplimiento del derecho de desconexión que tienen los usuarios se realizará en función del modo que determinen los operadores en sus correspondientes contratos, y en función del plazo máximo de diez días desde la recepción de la comunicación del abonado.
- Que *“en ningún precepto puede llegar a concluirse que el servicio debe estar activado por defecto”*.
- Que la llamada al número 470/471, que permite solicitar la activación del servicio de tarificación adicional, es gratuita.
- *La obligación impuesta a AMENA supone una modificación sustancial de las condiciones del contrato libremente consentidas:*

Según AMENA, la obligación impuesta por la Resolución recurrida implica una modificación sustancial de las condiciones del contrato firmado con los abonados. A este respecto, AMENA realiza las siguientes alegaciones:

- Que la medida adoptada por la CMT afecta a los clientes existentes y a los nuevos clientes.
- Que *“En las condiciones del Contrato de Servicio Pospago entre el Cliente y Amena aprobado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología mediante Resolución de 10 de diciembre de 2002 (apartado 13, letra g, derechos y obligaciones del cliente) y previamente informado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se establece expresamente que el cliente tendrá derecho a “desconectar los servicios configurados como libre acceso, de tarificación adicional y de llamadas internacionales, previa comunicación a Amena” y que “se establece en el apartado 13 e) como derecho del cliente “Conectar, cuando proceda, con los servicios suplementarios o de valor añadido que se presten o los que en el futuro se establezcan, y configurar las opciones posibles de los servicios que estén disponibles””*.
- Que *“Amena viene informando a sus clientes mediante factura la posibilidad de activar o cancelar las llamadas a las líneas 903 y 906 en cualquier momento llamando gratuitamente desde su móvil”*.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera que tienen el carácter de cláusulas abusivas la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados, así como los incrementos de precio por servicios accesorios que no correspondan a prestaciones accesorias susceptibles de ser aceptados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.
- Que la obligación de informar a los abonados *“es ineludible”*, señalando al respecto que *“por ejemplo, en el año 1993 mediante Resolución de 29 de enero (distinción entre 903 y 906) se prohibió a Telefónica de España no poder iniciar la prestación de los servicios de tarificación adicional, hasta que no hubieran transcurrido treinta días a contar desde las comunicaciones hechas a sus abonados”*. Añade AMENA que *“un caso más reciente es el de la Resolución de 5 de mayo de 2003 que para la migración prevista de la numeración de servicios de tarificación adicional, se incluye la obligación de informar a los abonados mediante locuciones informativas desde su entrada en vigor y durante un periodo de dos meses”*.
- Que *“el Plan de Actuación en materia de cláusulas abusivas promovido por el Instituto Nacional de Consumo estableció entre otras la siguiente recomendación: “En relación con la posibilidad de prever prestaciones futuras, estima que los nuevos servicios que el operador pudiera ir facilitando requieren la aceptación expresa del consumidor, lo mismo que cualquier modificación del contrato. Cualquier cláusula de éste que faculte al operador para resolverlo fuera de los supuestos legalmente establecidos sería abusiva”*”.
- Que *“Es ciertamente significativo, que según datos de Amena, y con una cartera de más de siete millones de clientes, hayan solicitado acceso a tales servicios alrededor de un 1,2% de nuestra cartera, concretamente 91.990 clientes, de los cuales más de la mitad son clientes prepago”*.
- Que la CMT *“habrá de considerar a efectos de resolver este motivo, que la cartera de Amena la conforman actualmente más de siete millones de clientes, requiriéndose, con carácter esencial y fundamental, que, en lugar de proceder a la activación masiva, se acceda a conceder una ampliación del plazo que permita al operador, en primer lugar, informar debidamente a nuestros clientes, y en segundo lugar y dado que se trata de una modificación de las condiciones del contrato previamente consentidas y sobre las cuales se ha manifestado conformidad, poder recabar convenientemente el consentimiento para su activación o desactivación de modo libre, consciente y voluntario”*.

Hechas estas alegaciones, AMENA concluye señalando lo siguiente:

*“(...)El recurso de reposición que se formula considera que la Resolución de fecha 24 de julio adoptada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Telecomunicaciones vulnera la normativa vigente por ser un acto que lesiona los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (Artículo 51.- Constitución Española “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores...”)* además de ser un acto de contenido imposible atendiendo al plazo concedido para su ejecución.

*A pesar de que la actuación de la CMT obedece a la voluntad de proteger los derechos de los usuarios, Amena considera que la Resolución dictada impone una obligación al operador, con base a una interpretación, contraria a los derechos del consumidor, y en particular, a los derechos de la infancia y la juventud, desproporcionada y de imposible cumplimiento en el plazo concedido.”*

Por ello, **el recurrente solicita** que se declare “la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida, por las razones expuestas a lo largo de este escrito”.

Por medio de un **primer otrosí**, AMENA solicita al amparo del artículo 111 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “*como medida cautelar, la suspensión de la Resolución hasta tanto no se publique y apruebe la Orden que regulará de modo definitivo tales derechos y que son objeto de discusión en el presente expediente*”.

Por medio de un **segundo otrosí**, AMENA solicita “*la suspensión de la ejecución de la Resolución por ser desproporcionada y de imposible cumplimiento atendiendo al plazo concedido*”, así como la ampliación del plazo de activación a dos meses a contar desde que la Comisión resuelva sobre la solicitud de suspensión: “*Amena solicita, en consecuencia, que la suspensión de la ejecución de la Resolución y ampliación del plazo concedido, se otorgue, finalmente, considerando el más amplio desde el punto de vista técnico, esto es, de dos meses desde que la Comisión resuelva la medida cautelar*”.

Al respecto de la imposibilidad técnica, AMENA alega que el impacto de la obligación impuesta por la Resolución recurrida “*es muy alto*”, y que “*Aun a pesar estar preparándose los posibles cambios en red y sistemas, Amena no puede ejecutarlos de modo definitivo, hasta tanto no se confirme la decisión de la Comisión por protección del derecho de nuestros clientes, su impacto y las cuantiosas actuaciones que todo ello requiere*”.

En concreto, AMENA especifica lo siguiente:

*“Para las nuevas activaciones: aún a pesar de estar preparando los sistemas para la ejecución de los posibles cambios, las modificaciones y nuevos desarrollos requerirán de al menos un mes más desde que la Comisión resuelva esta medida cautelar.*

*Cartera actual: Además de las pertinentes acciones de información que Amena entiende esenciales, se precisará de al menos dos meses para procesar la*





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*totalidad de la cartera actual desde que la Comisión resuelva esta medida cautelar.”*

Con ello, AMENA solicita una ampliación de dos meses *“desde que la Comisión resuelva la medida cautelar, y de este modo, se eliminará cualquier posible discriminación entre usuarios”*, refiriéndose a un hipotético trato diferente entre los nuevos clientes y la cartera actual.

Al escrito de interposición del recurso, AMENA adjunta los siguientes documentos:

- Noticias de prensa relativas a las prácticas concernientes a numeración 906.
- Noticias de prensa relativas a la aprobación por la CMT de la Resolución recurrida.
- Una factura de AMENA a un abonado, en la que figura lo siguiente: *“Le recordamos que puede activar o cancelar las llamadas a las líneas 903 y 906 en cualquier momento llamando gratuitamente desde su móvil a 471”*.
- Estudio de viabilidad sobre la activación de los servicios de tarificación adicional, en el que se contienen unas conclusiones sobre el plazo necesario para la activación del servicio.
- Escrito del proveedor del sistema de facturación pospago de AMENA, por el que señala que el estudio de viabilidad *“es correcto”* en lo que afecta a las previsiones concernientes a dicho sistema.

**OCTAVO.-** Por escritos de fecha 1 de septiembre de 2003 se dio traslado del recurso presentado a AVA y a Nanico Distribuciones, concediéndoles plazo de diez días para que alegaran al respecto lo que estimasen pertinente.

**NOVENO.-** Con fecha 10 de septiembre de 2003, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVA, por el que se opone al recurso de reposición interpuesto por AMENA. En este escrito, AVA, esencialmente, realiza las siguientes alegaciones:

- Que, respecto a las referencias que hace el recurrente al anteproyecto de Orden ministerial de modificación de la Orden PRE/361/2002, se trata de *“un texto de trabajo que será sometido a debate próximamente y que no puede ser tenido en cuenta a los efectos del presente recurso”*.
- Que la regulación de los servicios de tarificación adicional *“se produjo a comienzos de 1.993 y en un entorno de mercado totalmente distinto al que en estos momentos nos encontramos, ya que existía un mercado en régimen de monopolio y la telefonía móvil no estaba desarrollada como en la actualidad”*.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que algunas de las normas citadas en el recurso de AMENA no son aplicables de acuerdo con lo señalado por la disposición derogatoria de la Orden PRE/361/2002 y por la disposición transitoria del Código de Conducta de 2002.
- Que frente a los artículos de prensa aportados por AMENA, en los que la OCU viene a solicitar la conexión voluntaria a los servicios de tarificación adicional, *“AMENA evita aludir en su recurso a la opinión dada por otra asociación de consumidores, independiente, como es UCE (Unión de Consumidores de España)”*. A este respecto, AVA aporta noticia de prensa en la que se lee: *“En cambio, la Unión de Consumidores de España (UCE) rechaza el mecanismo de solicitud previa y aboga por que el usuario explicité que no quiere disponer de acceso a los 906...”*
- Que *“Después de más de 10 años de prestación de los servicios de tarificación adicional los usuarios conocen este tipo de servicios y existe un público objetivo que demanda los mismos”,* añadiendo que *“la mayor parte de los ciudadanos identifican los prefijos 906 como servicios especiales con un coste adicional, al igual que se comienza a conocer que los servicios de información telefónica 118X y los SMS tipo premium, o los MMS, tienen un coste adicional por el contenido del servicio que se ofrece”*.
- Que, *“Por lo que se refiere a los servicios de consultas telefónicas 118XX también cabría, siguiendo la tesis de AMENA que el usuario solicitara la conexión voluntaria ya que son calificados en algunos casos como servicios de valor añadido “*.
- Que la Orden PRE/361/2002 *“es clara por cuanto emplea un término y conceptos concretos al tratar de la posibilidad de “desconexión””*.
- Que por medio de la Resolución recurrida no se están imponiendo cláusulas abusivas a los consumidores, ya que *“El usuario no se ve obligado a contratar y pagar un precio por servicios adicionales al momento de la contratación”*.
- Que *“AMENA, al solicitar 30 euros para la conexión a estos servicios está imponiendo al consumidor una limitación y barrera para acceder a unos servicios que deberían ofrecerse en libre acceso”*.
- Que *“AMENA ha aplicado erróneamente el contrato aprobado por resolución de 10 de diciembre de 2.002, que en su apartado 13, letra g, establece el derecho a la desconexión de los servicios”*.

Expuestas estas alegaciones, AVA solicita la confirmación de la Resolución recurrida. Asimismo, se opone a la solicitud de suspensión hecha por AMENA, con base en las siguientes razones:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Porque considera que la solicitud no cumple los requisitos exigidos por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Porque la petición se fundamenta en un anteproyecto de Orden respecto al que *“todavía ni siquiera se ha cumplido el trámite de consultas”*.
- Porque *“La creencia de que los servicios dirigidos a adultos vayan a ser restringidos carece de fundamentación por cuenta se hacen distinciones en cuanto a los niveles de tarificación no a contenidos”*.
- Porque la medida *“se adopta en base a criterios de estricta legalidad y que AMENA venía incumpliendo de forma reiterada”*.

**DÉCIMO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2003 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Nanico Distribuciones en el que efectúa alegaciones con relación al recurso interpuesto y solicita la desestimación íntegra del mismo.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **A. Fundamentos jurídicos procedimentales.**

##### **Primero.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la competencia para resolver el presente recurso corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

##### **Segundo.- Admisión a trámite.**

El artículo 117 de la LRJPAC prevé que el plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes si el acto fuera expreso. La Resolución



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurrida fue aprobada el 24 de julio de 2003. Esta Resolución fue notificada a AMENA el día 25 de julio.

El recurso interpuesto, que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el 27 de agosto de 2003, ha sido remitido por correo certificado el día 25 de agosto. Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.4 c) de la LRJPAC, se estima que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la propia Ley.

Asimismo, el recurso interpuesto cumple los requisitos subjetivos, objetivos y de fundamentación que se desprenden de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 107 de la LRJPAC, en la medida en que ha sido interpuesto por una entidad en la que concurre la condición de interesado, siendo su objeto una resolución administrativa y teniendo por fundamento motivos de nulidad o anulabilidad de los previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley.

Finalmente, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

### **Tercero.- Sobre la solicitud de suspensión.**

El recurrente solicita que la Resolución recurrida sea declarada nula de pleno derecho, y asimismo, solicita *“según lo previsto en el artículo 111 de LRJPAC,... , como medida cautelar, la suspensión de la Resolución hasta tanto no se publique y apruebe la Orden que regulará de modo definitivo tales derechos [de tarificación adicional] y que son objeto de discusión en el presente expediente”*.

El artículo 111.1 de la LRJPAC prevé que, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, la interposición de un recurso no suspende la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano competente para resolver el recurso, ponderando los distintos intereses que se vean afectados, puede suspender de oficio o a solicitud del recurrente la ejecución del acto impugnado cuando concurren las circunstancias a que se refiere el apartado 2 de este artículo 111 de la LRJPAC.

Esta medida relativa a la suspensión del acto impugnado es una medida de naturaleza cautelar –como expresa el propio recurrente-, accesoria a la declaración de nulidad o anulabilidad que formule el recurrente. Esta suspensión se puede adoptar –ha de aclararse este punto al recurrente- en tanto se resuelve el recurso interpuesto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El apartado 3 establece que la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

Teniendo en cuenta que la suspensión del acto impugnado es una medida de finalidad cautelar que se adopta hasta tanto no sea resuelto el recurso interpuesto (con efectos, por tanto, durante el tiempo en que se tramita el recurso), y que dicha suspensión se entiende producida si no se resuelve sobre la misma en un plazo de treinta días, en el presente caso no se ha hecho necesario pronunciarse sobre la solicitud de suspensión, ya que el presente recurso de reposición se resuelve dentro del plazo máximo de treinta días que está establecido en el artículo 111.3 para resolver sobre las solicitudes relativas a la suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

### **B. Fundamentos jurídicos materiales.**

#### **Primero.- Sobre los motivos de impugnación aducidos por el recurrente.**

El recurrente alega la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 24 de julio de 2003 recurrida.

Esta nulidad de pleno derecho la fundamenta en dos causas:

- 1) La lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

El recurrente considera que tal lesión se produce, en concreto, por la vulneración de los derechos del consumidor.

Esta alegación se sustenta, a su vez, en diferentes motivos (que incluyen aspectos relativos a la normativa de tarificación adicional sobre el derecho de desconexión, a circunstancias sociales relativas a la prestación de servicios de tarificación adicional, a la concepción sobre la interoperabilidad y a la modificación de los contratos celebrados con los consumidores).

- 2) La imposibilidad de cumplir la Resolución recurrida en el plazo de un mes concedido.

Se analizan a continuación estas causas de nulidad de pleno derecho aducidas por el recurrente.

#### **Segundo.- Sobre la alegación relativa a la nulidad de pleno derecho por lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El recurrente alega la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 a) de la LRJPAC, que establece:

*“1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

*a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*

*(...)”*

En concreto, el recurrente considera que se ha vulnerado el artículo 51.1 de la Constitución Española, que prevé que *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

De conformidad con el artículo 53.2 de la Constitución Española y el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, son susceptibles de amparo constitucional los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 de la Constitución, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (que se corresponde con los artículos 15 a 29) y en el artículo 30.

El artículo 51 de la Constitución no configura un derecho que sea susceptible de amparo constitucional. En consecuencia, el motivo de impugnación relativo a la vulneración de los derechos de consumidores y usuarios no puede ser considerado como una causa de nulidad de pleno derecho.

Se procede, no obstante, al examen de las alegaciones efectuadas por el recurrente relativas a este motivo por si pudieran constituir una causa de anulabilidad:

a) *Sobre alegación relativa a la vulneración de la normativa aplicable en relación con el derecho de desconexión:*

Según AMENA las prácticas que seguía con relación a la numeración 906 -las cuales se analizan en la resolución recurrida- (esto es, activar el servicio –que estaba desactivado por defecto- a petición expresa del abonado) se ajustan a la normativa de tarificación adicional.

Con relación a este motivo de impugnación, ha de señalarse que lo que se regula la normativa de telecomunicaciones es un derecho a la “desconexión” de determinados servicios (entre ellos, el de tarificación adicional). Este derecho se configura como la facultad del abonado de dirigirse a su operador a efectos de que le desconecte con relación al servicio en cuestión.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así se configura en el apartado 2 del artículo 54 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, relativo a los “Derechos de los usuarios”:

*“Las normas básicas de utilización de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público en general que determinarán los derechos de los usuarios se aprobarán por reglamento que, entre otros extremos, regulará:*

*(...)*

*d. Los derechos de **desconexión** de determinados servicios, **previa solicitud del usuario**.*

*(...)”*

Resulta, por tanto, que, tal como se configura el derecho, la “desconexión” ha de producirse a “solicitud del usuario”. Esto es, con carácter previo a la desconexión, el operador ha de contar con una solicitud del usuario al respecto.

En el mismo sentido, el Reglamento de obligaciones de servicio público de telecomunicaciones (aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio) señala en el párrafo cuarto de su apartado 3:

*“Con arreglo a lo que se establezca mediante orden, el Ministerio de Fomento habrá de garantizar al usuario, conforme al artículo 54.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, el **derecho a desconectarse, previa solicitud expresa**, de los servicios contratados y a obtener una compensación económica por la interrupción del servicio.”*

El derecho de desconexión también se configura de la misma manera en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, relativa a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, que desarrolla el Reglamento de obligaciones de servicio público antes mencionado. El derecho de desconexión se contempla en los apartados primero, segundo, tercero, cuarto y decimotercero de la Orden. En todos estos preceptos se habla de garantizar a los abonados un derecho a la “desconexión”, que es aplicable a los servicios de tarificación adicional.

Muy significativo es lo señalado en el apartado tercero de la Orden (que lleva por rúbrica “Forma de ejercicio del derecho de desconexión”):

*“Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público regularán en sus correspondientes contratos de abono la forma de ejercicio del derecho de desconexión.*

*A estos efectos, **el abonado comunicará al operador su intención de desconectarse de determinados servicios**.*

***El operador habrá de proceder a dicha desconexión** como máximo en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación del abonado. En caso de que dicha **desconexión** no se produjera tras esos diez días, por*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*causas no imputables al abonado, serán de cargo del operador los costes derivados del servicio **cuya desconexión se solicita**.  
(...)”*

Del tenor de este precepto resulta claro que el derecho que tienen los abonados consiste en la facultad de dirigirse a su operador a los efectos de que le desconecte del servicio de tarificación adicional, ya que la comunicación que el abonado dirige al operador (y que es la forma prevista por la normativa aplicable para ejercitar el derecho) se contempla como una petición de desactivación de un servicio que está activado. Asimismo, la operación a realizar por el operador con respecto a esta solicitud del abonado se contempla, nuevamente, como la desactivación de un servicio activado, y, finalmente, las consecuencias que se prevén por la norma para el caso de que no se atienda la voluntad del abonado se encuentran referidas a un supuesto en el que no se ha desactivado el servicio que se encuentra disponible.

En el apartado cuarto de la Orden se establece que “*Los operadores del servicio telefónico disponible al público que voluntariamente presten o vayan a prestar el servicio soporte de los servicios de tarificación adicional **deberán configurarlos de manera que resulten de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público**, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre interconexión*”.

El apartado decimoctavo confirma que la comunicación que el abonado dirige a su operador es una petición relativa a la desactivación de un servicio que, por defecto, está activado:

*“**Decimoctavo.** Publicidad de las condiciones de prestación del servicio.*

*1. Los operadores de redes públicas de telefonía y de servicios telefónicos disponibles al público publicarán, cuando proceda, la siguiente información:*

*(...)*

*Dirección y teléfonos propios del operador, a los que el usuario puede dirigir su reclamación en virtud del artículo 61.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, y ante la que se **podrá solicitar el derecho de desconexión** regulado en el apartado 3 de la presente Orden. Esta última información se incluirá también en el contrato de abono.”*

Todo lo anterior revela que el procedimiento que era aplicado por AMENA no se corresponde con el previsto por la normativa aplicable en esta materia.

Ha de significarse, además, que lo que ponen de relieve los preceptos mencionados, aparte de cuál es el procedimiento por el que se ha de ejercitar el derecho de desconexión, es que -salvo que se esté en presencia de un caso en el que, precisamente, se ha ejercitado tal derecho- un abonado tiene activado el servicio que ha contratado para toda la numeración que está



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disponible; lo cual, como señala la Resolución recurrida, se corresponde con el principio de interoperabilidad.

AMENA se refiere en su recurso a la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 29 de enero de 1993, por la que se dan instrucciones a Telefónica de España, S.A. para la prestación del servicio telefónico a través del prefijo 903. Esta Resolución fue modificada por otra de 30 de septiembre del mismo año, que previó que todos los servicios que se presten a través del prefijo 903 serían accesibles tan sólo a aquellos abonados que expresamente manifestasen su interés por la conexión a los mismos.

Ha de señalarse, en primer término, que esta disposición resultaba de aplicación al prefijo 903, el cual no se corresponde con el objeto de la Resolución recurrida, que se refiere al prefijo 906.

En segundo término, ha de señalarse que dicha Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 29 de enero de 1993; así como la de 30 de septiembre de 1993, que la modifica, y la de 17 de diciembre de 1998 –a la que también alude el recurrente–, por la que, con un carácter transitorio (*“hasta que se establezcan unas instrucciones aplicables a todos los operadores de telecomunicaciones que presten el servicio telefónico soporte de los de tarificación adicional”*), se dictan instrucciones a Telefónica, S.A. en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional, han quedado derogadas en virtud de la disposición derogatoria única de la Orden PRE/361/2002.

Derogadas las Resoluciones anteriores de la Secretaría General de Comunicaciones, no existe ningún precepto que ampare actuaciones como la llevada a cabo por AMENA, consistente en dar acceso a un servicio de tarificación adicional sólo a los usuarios que manifiesten expresamente interés en ello.

Finalmente, por lo que se refiere a la alegación de AMENA relativa al anteproyecto de Orden Ministerial por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, ha de ponerse de manifiesto –al margen de la cuestión de si las interpretaciones y valoraciones que hace el recurrente sobre las previsiones del anteproyecto son o no acertadas– que esta alegación no puede ser considerada, toda vez que dicho anteproyecto no constituye derecho vigente. El objeto del presente recurso ha de quedar circunscrito al análisis de la conformidad a Derecho de la resolución impugnada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107.1 de la LRJPAC.

Se rechaza, en consecuencia, este primer motivo aducido por el recurrente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### b) Sobre las razones de orden social en que se ampara el recurrente :

AMENA considera que el sistema de tener activado por defecto el servicio 906 para sus abonados causa una serie de perjuicios sociales; en particular, en el ámbito familiar, debido al acceso de los menores a este servicio. Señala AMENA que este servicio origina facturas elevadas y oferta unos contenidos que no están destinadas al público menor.

Ello es debido, según AMENA, a que a través del prefijo 906 se prestan servicios que no estaban previstos para el mismo, sino para el 903.

Lo primero que ha de señalarse, con relación a esta alegación del recurrente, es que las normas relativas al ejercicio del derecho de desconexión, que como ya se ha señalado no amparan que los servicios 906 se encuentren desconectados por defecto, no pueden infringirse por el hecho de que se observe un incumplimiento de la normativa aplicable en materia de clasificación de los servicios de tarificación adicional.

Si se observa un incumplimiento de esta normativa en materia de clasificación de los servicios de tarificación adicional, lo que procede es denunciarlo a los órganos competentes. Pero lo que no se puede es infringir la normativa relativa al derecho desconexión ni la normativa que garantiza el principio de interoperabilidad.

Por lo demás, ha de manifestarse que los intereses que AMENA pretende proteger tienen, establecidos por el ordenamiento, otros cauces para su protección, que no implican infringir la normativa sobre interoperabilidad y derecho de desconexión.

Así, la Orden PRE/361/2002 contiene en su apartado decimoctavo, punto 5, determinadas reglas acerca de la información al público sobre el precio y funcionamiento del servicio de tarificación adicional, e identidad de la empresa que lo presta. Por su parte, el Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional (aprobado el 16 de diciembre de 2002 por el Pleno de la Comisión para la Supervisión de estos servicios, y cuya publicación en B.O.E. dispone una Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 30 de diciembre de 2002) recoge una serie de prescripciones en orden a garantizar el cumplimiento de las obligaciones recogidas en la mencionada Orden y establece un régimen de responsabilidades.

Se rechaza, por tanto, esta segunda alegación del recurrente.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c) *Sobre la alegación relativa a la errónea interpretación del principio de interoperabilidad.*

El recurrente estima que la CMT hace una interpretación errónea del principio de interoperabilidad, considerando que la exigencia de que los servicios de tarificación adicional sean de libre acceso no implica que deba existir un acceso “directo y automático”.

Frente a estas alegaciones del recurrente ha de señalarse que el principio de interoperabilidad implica que los usuarios puedan comunicarse entre sí, accediendo a los servicios que prestan los diferentes operadores. Con el sistema aplicado por AMENA el servicio de tarificación adicional prestado a través del número 906 no estaba operativo para sus abonados y se activaba a petición expresa de los mismos, contraviniendo la configuración del derecho a la desconexión que se realiza en la normativa de tarificación adicional, antes expuesta.

No se garantizaba, por tanto, la interoperabilidad con el número 906 en los términos en que la misma resulta exigible por la normativa aplicable.

Este principio de interoperabilidad es uno de los principios de la interconexión (artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones); se configura además, como uno de los “requisitos esenciales” –esto es, uno de los motivos de interés público y naturaleza no económica que lleven a imponer condiciones al establecimiento o funcionamiento de las redes o servicios de telecomunicaciones disponibles al público- (Anexo de definiciones de la Ley General de Telecomunicaciones), y está caracterizado como una de las condiciones de los titulares de licencias individuales (artículo 5 de la Orden de 22 de septiembre de 2002, relativa a las licencias individuales).

Como excepción, prevé el artículo 22 de la Ley General de las Telecomunicaciones que se podrá limitar la obligación de interconexión, pero ello será en virtud de Resolución de la CMT.

Tal como señala la Resolución recurrida, son varias las resoluciones de la CMT en las que se aplica el principio de interoperabilidad con relación a las llamadas de inteligencia de red (las cuales incluyen las llamadas a números a través de lo que se prestan los servicios de tarificación adicional), teniendo en cuenta que así lo requiere el interés de los usuarios y que no existe disposición administrativa que otra cosa autorice.

A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones (aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1997; cuya publicación se dispone por



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 18 de noviembre de 1997) configura a los números de inteligencia de red como una parte del espacio público de numeración (apartado 9.1).

En este sentido, señala la Resolución recurrida la posibilidad de que, con la actuación que venía llevando a cabo el recurrente, se alteraren artificialmente las condiciones de competencia, al existir un trato diferenciado por parte de AMENA entre el servicio 906 objeto de la Resolución y servicios similares prestados a través de otra numeración (que, en cambio, AMENA no tenía desactivados por defecto).

Resta por señalar, con relación a las alegaciones efectuadas por el recurrente respecto al presente motivo de impugnación, que el hecho de que la normativa de telecomunicaciones dé un tratamiento diferenciado a los servicios de tarificación adicional en aspectos tales como la suspensión del servicio en caso de impago, no obsta al hecho de que la configuración del derecho de desconexión se haya hecho de manera que la desactivación del servicio se haya de producir a petición expresa del abonado.

Lo mismo ha de señalarse respecto a la previsión –a la que alude el recurrente– contenida en el apartado tercero de la Orden PRE/361/2002, relativa a que los operadores han de regular en sus correspondientes contratos la forma de ejercicio del derecho de desconexión. Esta previsión no autoriza a los operadores a incumplir las condiciones que les impone la propia Orden acerca del ejercicio de este derecho. Los operadores podrán configurar el ejercicio de este derecho en el marco de lo que, sobre el mismo, disponga la normativa aplicable.

De acuerdo con lo anterior, se desestima esta alegación del recurrente.

d) *Sobre la alegación relativa a la modificación sustancial de las condiciones del contrato libremente consentidas:*

Entiende AMENA que la obligación impuesta por la Resolución recurrida implica una modificación del contrato que tiene suscrito con sus abonados y que ha sido aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Con respecto a esta alegación, ha de indicarse que los pactos o contratos entre particulares no pueden constituir un obstáculo para la aplicación de la normativa que regule una materia. Baste recordar, a estos efectos, lo previsto en el art. 1255 del Código Civil (*“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*).





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Del mismo modo, ha de indicarse que un acto administrativo (como lo es aquél por el que la Administración aprueba un contrato) no puede decidir la conformidad o no a Derecho de la Resolución objeto de impugnación, en cuanto que los actos administrativos no constituyen normas que se integren en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que señalar que no se observa la contradicción alegada por el recurrente entre lo dispuesto en la Resolución recurrida y lo establecido en el contrato-tipo aprobado.

Las letras e) y g) –que son las que cita AMENA- de la condición 13 del contrato-tipo aprobado a este operador por Resolución de 10 de diciembre de 2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información establecen:

*“13.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CLIENTE. El cliente tendrá derecho a:*

*e) Conectar, cuando proceda, con los servicios suplementarios o de valor añadido que se presten o los que en el futuro se establezcan, y configurar las opciones posibles de los servicios que estén disponibles. (...)*

*(...)*

*g) Desconectar los servicios configurados como de libre acceso, de tarificación y de llamadas internacionales, previa comunicación a AMENA, ...”*

Éstas son las condiciones que, según AMENA, se ven afectadas por la Resolución recurrida. Ahora bien, lo que se recoge en la letra g) resulta ser ajustado a lo previsto en la normativa relativa al derecho de desconexión (esto es, que se procederá a desconectar los servicios de tarificación adicional previa la comunicación del abonado). En cuanto a la letra e), esta condición sólo recoge el derecho de los abonados a conectar “*cuando proceda*” con los “*servicios suplementarios o de valor añadido que se presten o que en el futuro se establezcan*”. El carácter eventual con que se recoge este derecho (“cuando proceda”; “cuando se presten”) no permite apreciar una contradicción con lo señalado en la Resolución impugnada; la cual, al amparo del Derecho vigente, implica que los servicios que se prestan a través de numeración 906 sólo pueden desconectarse cuando así lo ha pedido expresamente el abonado, tal y como se contempla en la condición 13 g) del contrato-tipo aprobado.

En definitiva, no se aprecia que con la aprobación de la Resolución recurrida se hayan modificado las condiciones del contrato.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, la Resolución recurrida en nada obsta a las actuaciones que, en su caso, haya de llevar a cabo el recurrente conforme a la normativa de protección de los consumidores y usuarios.

Cabe señalar, además, que la obligación de informar a los abonados acerca de la facultad que tienen para desconectarse, previa comunicación expresa, de los servicios que se prestan a través del código 906 (a los que se encuentran conectados) ya le venía impuesta a AMENA por la Orden PRE/361/2002. En su apartado tercero, último párrafo, esta Orden prevé que, en las facturas o documentos de cargo que emita el operador, ha de reflejar de manera adecuada el derecho de los abonados a desconectarse de los servicios de tarificación adicional, y, en el apartado decimoctavo, punto 1, establece que los operadores harán pública la dirección y teléfonos propios ante los que se podrá solicitar la desconexión.

Lo que sucede, en el presente caso, es que la información que tenían los abonados de AMENA no se correspondía con la facultad de desconexión mencionada, pues los servicios 906 los tenían desconectados por defecto.

Se desestima, por consiguiente, el presente motivo de impugnación aducido por el recurrente.

### **Tercero.- Sobre la alegación relativa a la nulidad de pleno derecho por imposibilidad de cumplimiento.**

Alega AMENA que la Resolución recurrida es de imposible cumplimiento en el plazo concedido (causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 c) de la LRJPAC, que afectaría, exclusivamente, al plazo concedido por la Resolución).

La Resolución recurrida fijó el plazo de un mes para que AMENA garantizara la interoperabilidad directa y automática de las llamadas a números 906 desde todos sus terminales prepago y postpago, tanto respecto de los clientes actuales, como de los nuevos.

AMENA considera que el cumplimiento de la Resolución recurrida exige un plazo de dos meses.

Antes de analizar la posibilidad o imposibilidad de cumplir con la Resolución de 24 de julio de 2003 en el plazo de un mes concedido, se ha de señalar que la Resolución mencionada resulta ejecutiva desde su notificación, por lo que, desde tal momento, AMENA se encuentra obligada a su cumplimiento.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así pues, cualquiera que sea el plazo del que se disponga para cumplir con lo resuelto, este plazo cuenta desde la notificación de la Resolución.

Además, si no se acuerda la suspensión de la Resolución (como en el presente caso, que no se ha acordado), resulta que tal Resolución ha sido ejecutiva en todo momento.

Señala AMENA que *“Aún a pesar de estar preparándose los posibles cambios en red y sistemas, Amena no puede ejecutarlos de modo definitivo, hasta tanto no se confirme la decisión de la Comisión por protección del derecho de nuestros clientes, su impacto y las cuantiosas actuaciones que todo ello requiere”*. Pide, por eso, que el plazo de dos meses cuente desde la resolución de la solicitud de suspensión.

Esto es tanto como pretender que con la sola interposición del recurso, y hasta tanto éste se resuelva, se suspende la eficacia de la Resolución recurrida. Y eso es justo lo contrario de lo que establece el artículo 111 de la LRJPAC.

Manifestado lo anterior, se procede a analizar la cuestión de la duración del plazo:

AMENA reconoce que puede cumplir en el plazo de un mes, dispuesto en la Resolución recurrida, respecto a los nuevos clientes. Respecto a la cartera de clientes actual, especifica que necesita dos meses.

Pues bien, para esta cartera de clientes actual, en el *“Estudio de viabilidad”* elaborado por AMENA se califica como de impacto *“Medio-Alto”* la implantación de la medida con relación al sistema pospago (respecto al cual, AMENA aporta el escrito del proveedor que confirma la valoración). Ha de señalarse que se trata del mismo impacto (*“Medio-Alto”*) que el *“Estudio de viabilidad”* atribuye al sistema pospago con relación a los nuevos clientes. No existe, en este punto, una diferente valoración del impacto entre clientes existentes y nuevos.

Sí existe, en cambio, una diferente valoración del impacto para el sistema prepago: Se valora un impacto *“Medio”* respecto a los nuevos clientes, y un impacto *“Medio-Alto”* respecto a los clientes existentes.

Como ya se ha indicado, para estos clientes actuales, se consideran necesarios dos meses, mientras que en el caso de los nuevos clientes, un mes.

No se justifica una planificación tan dilatada en el tiempo como la que propone el operador para sus clientes actuales. Una planificación precisa de las modificaciones a realizar en las bases de datos de los equipos de control de fraude y de los equipos de red permitiría reducir la duración del proyecto a lo sumo a **un mes**.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No hay, por tanto, una imposibilidad de cumplir con la Resolución recurrida.

En cualquier caso, en su informe, AMENA no aporta, en ningún momento, una específica justificación de la concreta ampliación (un mes más) que dice necesitar.

Es más, en sus alegaciones parece justificar la necesidad de esta ampliación en el tipo de comunicaciones que entiende ha de hacer con sus clientes: *“...,que en lugar de proceder a una activación masiva, se acceda a conceder una ampliación del plazo que permita al operador, en primer lugar, informar debidamente a nuestros clientes, y en segundo lugar y dado que se trata de una modificación de las condiciones del contrato previamente consentidas y sobre las cuales se ha manifestado conformidad, poder recabar convenientemente el consentimiento para su activación de modo libre, consciente y voluntario.”*

Ya se ha señalado que no se observa que la Resolución recurrida implique una modificación del contrato-tipo aprobado.

Ninguna de las alegaciones de AMENA revela, en conclusión, que el contenido de la Resolución impugnada sea **imposible**. Este hecho, unido a que la misma obligación, impuesta a Vodafone (también por plazo de un mes), por otra Resolución de 24 de julio de 2003 (expte. RO 2003/799), no ha suscitado ningún problema de imposibilidad en su cumplimiento (dado que no ha sido recurrida tal Resolución por el mencionado operador), lleva a desestimar, asimismo, el presente motivo de impugnación.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**Único.-** Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Retevisión Móvil, S.A. contra la Resolución de esta Comisión de 24 de julio de 2002, relativa a la garantía de la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde la red móvil de este operador.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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.

EL SECRETARIO,

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real