



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la sesión 27/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO COMO CONSECUENCIA DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. CONTRA LA ENTIDAD JAZZ TELECOM, S.A.U. POR PRESUNTAS ALTAS DE ACCESO AL BUCLE DEL ABONADO (RO 2006/995).

HECHOS

Primero. Denuncia que dio lugar al inicio del período de información previa.

Con fecha 11 de julio de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de YACOM INTERNET FACTORY, S.A. (actualmente, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. -en adelante, France Telecom)¹ en virtud del cual comunica a esta Comisión que, JAZZ TELECOM, S.A.U. (en adelante, Jazztel) inicia sin el consentimiento previo por escrito de

¹ YACOM INTERNET FACTORY, S.A. cambió la denominación social por la T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U., según consta en escritura pública otorgada ante D. Antonio Álvarez Pérez, Notario del Ilustre Colegio de Madrid, el día 1 de junio de 2006 e inscrita bajo el número 2.416 de su protocolo.

En fecha 6 de junio de 2007 tuvo lugar la adquisición por parte de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., Sociedad Unipersonal, del control exclusivo de T-ONLINE TELECOMMUNICATIONS SPAIN, S.A.U. mediante la adquisición del 100% de su capital a DEUTSCHE TELEKOM, AG., pasándose a denominar FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET SERVICE PROVIDER, S.A.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los abonados los trámites de contratación del servicio ADSL, realizando a tal efecto las siguientes alegaciones:

“Que, mi representada ha recibido numerosas comunicaciones de usuarios a los que presta el servicios de ADSL donde afirman que, sin haber dado su consentimiento, se ven traspasados a Jazz Telecom, S.A.U.

Que por ello mi representada viene poner en conocimiento de esa Comisión estos graves problemas planteando el presente conflicto contra Jazz Telecom, S.A.U (en adelante Jazztel).

Asimismo, con fecha 27 de julio de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito de France Telecom en el que pone en conocimiento los siguientes hechos:

“Que como continuación del citado escrito de 4 de julio de 2006 [entrado en el Registro de esta Comisión con fecha 11 de julio] se adjuntan al presente escrito treinta y ocho denuncias nuevos casos de alta fraudulenta realizados por JAZZ TELECOM, S.A., de acuerdo con las denuncias de los usuarios manifestadas ante mi representada”.

Segundo. Apertura del periodo de información previa.

Una vez analizada toda la documentación remitida por France Telecom, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se procedió a la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con más detalle las circunstancias concretas del caso y, consecuentemente, la conveniencia o no iniciar el correspondiente procedimiento administrativo que plantea France Telecom por el presunto incumplimiento en el proceso de contratación del servicio de ADSL o de acceso al bucle del abonado.

Tercero. Periodo de alegaciones y requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 2 de agosto de 2006, se comunicó a Jazztel la existencia de las citadas denuncias y la apertura del periodo de información previa, concediéndole un plazo para aducir alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimase pertinente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ser necesario para la determinación y conocimiento de los hechos puestos de manifiesto en el marco del expediente, se le requirió, al amparo de lo previsto en el artículo 78.1 de la LRJPAC, que remitiese a esta Comisión los contratos firmados con sus abonados.

En la misma fecha, se comunicó a la denunciante France Telecom, la apertura del período de información previa solicitándole la siguiente documentación:

- *“Fecha de solicitud y modalidad de acceso al bucle supuestamente cursada por JAZZTEL a YACOM respecto de las líneas cuyos titulares han sido anteriormente mencionados.*
- *Fecha supuesta de finalización real y efectiva de los trabajos de gestión y provisión del alta/traspaso de la citada modalidad de acceso a favor de JAZZTEL de las líneas telefónicas cuyos titulares han sido antes mencionados.*
- *Situación actual de la prestación de servicios ADSL a través de esas mismas líneas, especificando el operador que actualmente presta el servicio”.*

Cuarto. Alegaciones y cumplimiento del requerimiento de información efectuado a Jazztel.

Con fecha 14 de agosto de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Jazztel, por el que da contestación al requerimiento practicado de fecha 2 de agosto de 2006, realizando a tal efecto, las siguientes alegaciones:

- *“En primer lugar, Jazztel quiere dejar constancia que en la mayoría de los clientes sobre los que esta Comisión ha efectuado el requerimiento de información, son clientes que, en la mayoría de los supuestos, solicitaron el alta en los servicios que ofrece Jazztel.*
- *En la actualidad, y debido a las complicaciones que existe en este mercado de obtener los contratos firmados de los clientes de ADSL, es práctica habitual en el mercado, siempre y cuando no lleve aparejado la portabilidad numérica, proceder al alta o traspaso de clientes sin llegar a obtener el contrato firmado del cliente. Sin embargo, Jazztel, como medida de prevención efectúa la grabación de las llamadas telefónicas de los clientes cuando solicitan el alta o traspaso de los clientes”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto. Nuevas alegaciones efectuadas por France Telecom.

Con fecha 22 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de France Telecom en el que pone en conocimiento nuevas denuncias por parte de los abonados.

Sexto. Segundo requerimiento de información efectuado a Jazztel.

Con fecha 15 de febrero de 2007, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se requirió a Jazztel la siguiente documentación, con objeto de completar la información ya solicitada por el Secretario de esta Comisión, mediante escrito de fecha 2 de agosto de 2006:

–Indicar el tipo de alta o cambio de modalidad de las previstas en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, en el servicio de prolongación de par así como la fecha de solicitud realizada por la entidad JAZZTEL respecto de cada uno de los usuarios referenciados.

Deberá aportar copia del contrato debidamente firmado por el abonado o documento acreditativo del consentimiento expreso suscribiendo el servicio correspondiente (telefónico, ADSL...).

Indicar si los abonados solicitaron a JAZZTEL la portabilidad numérica o la preselección de la línea telefónica aportando en su caso copia del contrato debidamente firmado por el abonado.

Séptimo. Contestación al segundo requerimiento de información efectuado a Jazztel.

Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2007, Jazztel procedió a efectuar las siguientes alegaciones:

“En la actualidad, y debido a las complicaciones que existe en este mercado de obtener los contratos firmados de los clientes de ADSL, es práctica habitual en el mercado, siempre y cuando no lleve aparejado la portabilidad numérica, proceder al alta o traspaso de clientes sin llegar a obtener el contrato firmado del cliente. Sin embargo, Jazztel, como medida de prevención efectúa la grabación de las llamadas telefónicas de los clientes cuando solicitan el alta o traspaso de los clientes”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Calificación de los escritos.

Los escritos presentados por France Telecom constituyen denuncias, en cuya virtud se ponen en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir infracciones administrativas tipificadas en la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en concreto en el artículo 53 letra r), que tipifica como infracción muy grave *“El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión conforme a lo dispuesto por el artículo 58 LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

En los escritos presentados por France Telecom ante esta Comisión aluden al presunto incumplimiento llevado a cabo por parte de Jazztel, al solicitar el acceso a sus bucles sin el consentimiento previo de los mismos, lo que pudiera constituir un incumplimiento de la Resolución de 31 de marzo de 2004 por la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se aprueba la Oferta al Bucle de Abonado de Telefónica (en adelante, OBA)².

De acuerdo con lo anterior, los escritos de referencia han de calificarse como denuncias, a fin de examinar, con la consideración de la información presentada durante las actuaciones previas acordadas al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar el correspondiente procedimiento administrativo.

SEGUNDO. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Para poder determinar la habilitación competencial de esta Comisión en el marco de las presentes actuaciones, ha de analizarse si la conducta descrita en los antecedentes de hecho puede considerarse una conducta sancionable por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Según se ha puesto de manifiesto, France Telecom podría haber incurrido en algún incumplimiento de la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, en concreto por la inobservancia de una resolución dictada por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Entre las funciones atribuidas a la Comisión en relación con las materias reguladas en la LGTEL, el artículo 48.3 letra j) de dicha norma establece que corresponderá a la Comisión *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley”*.

Concretamente, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a esta Comisión cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados.

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

² Modificada por la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 27 de marzo de 2007 (MTZ 2006/1019)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En concreto, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

Por tanto, de acuerdo con los preceptos citados, compete a esta Comisión conocer de la cuestión planteada en las denuncias.

TERCERO.- Valoración de las actuaciones previas practicadas.

Una vez analizadas las actuaciones practicadas en el presente expediente así como la documentación aportada por las partes esta Comisión procede a realizar las siguientes valoraciones.

En cuanto a la documentación aportada por France Telecom se debe destacar, en primer lugar, que las denuncias son simples copias de e-mails y en segundo lugar, que algunas de ellas resultan confusas porque hacen referencia a problemas de activación en el servicio ADSL mientras que en otras se reconoce por parte del abonado el consentimiento prestado para la prestación del servicio por Jazztel. En realidad nos encontramos ante la baja del servicio de ADSL con France Telecom y el alta en el servicio de ADSL con un nuevo operador, Jazztel, por lo que en este caso el abonado estaría escogiendo libremente el operador. Por tanto, no queda acreditado el presunto incumplimiento por parte de Jazztel en la tramitación del servicio ADSL.

En virtud, de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *“corresponde al actor y al demandado reconveniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”*. De la documentación aportada por France Telecom no se puede concluir, por tanto, que resulten acreditados los hechos denunciados por el mismo, respecto a los procedimientos de acceso al bucle de abonado.

Por último, es preciso mencionar que algunas denuncias que aporta France Telecom llevan asociadas un proceso de portabilidad. Cabe reseñar que si bien es cierto que Jazztel no ha presentado documentación alguna que acredite haber recabado el consentimiento escrito del abonado, también lo es el hecho de que France Telecom en aquellos casos en que actúe como operador donante no ha acreditado el haber ejercitado el derecho que le otorga lo



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estipulado en las Especificaciones Técnicas de portabilidad fija de *“exigir al operador receptor copias originales de hasta un porcentaje del 5 % de las solicitudes de portabilidad que recibiera, en el caso de que existieran dudas justificadas sobre la acreditación del consentimiento del cliente o se produzcan reclamaciones por parte del cliente”*.

En conclusión, y en base a lo anteriormente expuesto y dado que esta Comisión no ha detectado problemas similares a lo largo de la tramitación del presente expediente, ha de concluirse que no existen motivos suficientes que justifiquen la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO. Acordar el archivo del presente periodo de información previa a un procedimiento sancionador contra JAZZ 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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 107 y 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 48 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu