



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 29/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de septiembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el Expediente RO 2006/701, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO COMO CONSECUENCIA DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. SOBRE DETERMINADAS PRÁCTICAS RECUPERACIÓN DE ABONADOS Y OFERTAS COMERCIALES Y SE ACUERDA LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de mayo de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito presentado por World Wide Web Ibercom, S.L. (en adelante, IBERCOM) en el cual puso de manifiesto lo siguiente:

“IBERCOM tiene conocimiento de múltiples situaciones como la que se va a describir a continuación. No obstante, únicamente ha podido documentar la que se aporta en este escrito, ya que, según ellos mismos han manifestado a IBERCOM, los clientes que han recibido algún tipo de comunicación por parte de TESAU tendente a recuperarle como cliente, temen que si denuncian esta situación, sus servicios pueden verse afectados de alguna manera.”

Asimismo, en dicho escrito expone que el abonado, la entidad Ikor Sistemas Electrónicos, S.A. (en adelante, IKOR), previamente preasignada con IBERCOM desde el 26 de mayo de 2005, había recibido comunicación de carácter comercial, mediante correo electrónico, remitida por Telefónica de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

España, S.A.U. (en adelante, TESAU), sin haber transcurrido ni dos meses desde que la preasignación de la línea referida fuera efectiva, en concreto el 15 de julio de 2005, en la cual TESAU ofrecía al cliente la posibilidad de seguir manteniendo relaciones comerciales con dicho operador.

Según expresa IBERCOM en el referido escrito, la remisión de esta comunicación electrónica por parte de TESAU pondría de manifiesto que esta última entidad ha infringido el apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001, modificado por el dispositivo tercero de la Circular 2/2002, de 18 de julio, (en adelante, Circular 1/2001), en cuya virtud el operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, si bien esta prohibición se aplica únicamente tras la habilitación de la preselección de un abonado con un operador beneficiario, no afectando al plazo anteriormente señalado las posteriores actuaciones de inclusión o exclusión de llamadas sobre dicha preselección.

SEGUNDO.- Una vez analizada la documentación acompañada al escrito de IBERCOM y considerando los antecedentes obrantes en esta Comisión, se comunicó a TESAU, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de junio de 2006, la apertura de un período de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, de conformidad con 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).

TERCERO.- Con fecha 11 de julio de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU mediante el cual presentaba las siguientes alegaciones:

- TESAU señala que el correo electrónico enviado por dicha entidad, al cual IBERCOM se refiere, tiene *“como único objetivo, por lo tanto, dar respuesta a la cuestión planteada por IKOR sobre las implicaciones de la portabilidad de su numeración”* y que sólo, supuestamente, se ha hecho referencia a un único caso de mayo de 2005 sin acreditar las demás situaciones que denuncia IBERCOM. Asimismo, TESAU entiende que no se han probado los hechos denunciados mediante medios de prueba válidos no demostrando en modo alguno los citados hechos.
- TESAU finalmente solicita que se resuelva desestimar la denuncia de IBERCOM y se proceda a archivar el expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Del resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa se desprende que hay elementos de juicio suficientes para estimar que concurren las circunstancias que justifican la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU por haber, presuntamente, incumplido el apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

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

El artículo 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58, 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.»

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.3 j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de las competencias en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo.

De acuerdo con estos preceptos, compete a esta Comisión conocer del posible incumplimiento por parte de TESAU del apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

2. Valoración de las actuaciones practicadas en el período de información previa.

Del examen del escrito y documentos adjuntos presentados por IBERCOM, así como de lo manifestado posteriormente por TESAU en el periodo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información previa, se considera que es posible concluir que existen indicios que justifican iniciar un procedimiento sancionador contra TESAU, por presunto incumplimiento del apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001.

En efecto, en lo que se refiere a la valoración de las actuaciones previas practicadas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un procedimiento sancionador por el incumplimiento de la Circular aprobada por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones, esta Comisión estima que existen indicios suficientes de incumplimiento, por cuanto que, de las actuaciones realizadas, se desprende que TESAU podría haber incumplido el apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001.

El citado apartado, prevé que el operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, si bien esta prohibición se aplica únicamente tras la habilitación de la preselección de un abonado con un operador beneficiario, no afectando al plazo anteriormente señalado las posteriores actuaciones de inclusión o exclusión de llamadas sobre dicha preselección.

Según consta en el escrito remitido por IBERCOM a esta Comisión, la preselección realizada con IKOR fue ejecutada el día 26 de mayo de 2005, sosteniendo dicha entidad que, el día 15 de julio del mismo año, personal de IKOR recibió una comunicación comercial de TESAU en la que le ofertaba la posibilidad de volver a realizar las llamadas con dicha entidad. Por ello, IBERCOM considera infringido el apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001.

Para acreditar los hechos reflejados en su escrito, IBERCOM aportó los siguientes documentos:

- Copia del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones entre IKOR e IBERCOM firmado por ambos con fecha 23 de mayo de 2005, por el que se contrata a esta última entidad para la prestación del servicio telefónico mediante preselección.
- Copia de un “pantallazo” del Sistema de Gestión de Operadores de TESAU, en el que consta, como fecha de efectividad de la preselección a favor de IBERCOM de la línea telefónica en cuestión, el día 26 de mayo de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Copia del correo electrónico del Asesor Comercial de TESAU en Guipúzcoa de fecha 11 de julio de 2007 por el que se produce el contacto comercial.

La prohibición de realizar prácticas de recuperación de clientes durante un período de tiempo determinado, a contar desde la activación de la solicitud de preselección, pretende impedir que, en una circunstancia en la que el abonado todavía no puede valorar cómo es el servicio que va a recibir del operador alternativo, el operador de acceso aproveche esta circunstancia para recuperar al cliente.

En este contexto, una comunicación del operador de acceso con el abonado con el fin de su recuperación podría servir para introducir confusión en el mismo acerca de la facilidad de preselección. La situación de falta de información del abonado sobre el procedimiento de activación de una solicitud de preselección, y su desconocimiento acerca de cómo son las condiciones de prestación del servicio del operador alternativo, podría generar una cierta desconfianza hacia dicho operador y la efectividad de la preselección, de la que podría aprovecharse el operador de acceso.

Por lo tanto, por medio de la prohibición de realizar prácticas de recuperación, durante el período de tiempo a que alcanza la misma, se permite que los abonados puedan realizar -sin injerencias del operador de acceso- una valoración adecuada de los servicios que presta el operador preseleccionado (a la vista, entre otros aspectos, de las facturas del mismo que, como clientes suyos, ya habrán recibido a lo largo de ese período).

De este modo, la documentación aportada por IBERCOM puede ser considerada *prima facie* como indiciaria de un presunto incumplimiento del apartado 5 del dispositivo quinto de la Circular 1/2001. Para constituirse en fundamento de la apertura de un procedimiento sancionador, los indicios deben, al menos, aparecer como un germen de prueba que permita, razonablemente, en un futuro procedimiento sancionador, desvirtuar la presunción de inocencia.

En este sentido, IBERCOM denuncia múltiples casos de incumplimiento de la prohibición de realizar prácticas de recuperación de clientes, que podrían dar lugar a una campaña comercial, con la consiguiente infracción del apartado Quinto.5) de la Circular 1/2001. Asimismo, aporta un correo electrónico donde se contiene una oferta comercial remitida por un asesor comercial de Telefónica Guipúzcoa a la entidad IKOR.

El referido asesor comercial en el correo electrónico de 11 de julio de 2005, se hace referencia a “*también estamos abiertos a negociar los tipos de descuento*”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y realizar una comparativa de las llamadas”, efectuando, por ende, una oferta comercial a IKOR, operador preseleccionado a favor de IBERCOM desde el 26 de mayo de 2005, no dejando transcurrir, por tanto, el plazo establecido de cuatro meses señalado en la Circular 1/2001 para que el operador de acceso no pueda realizar prácticas de recuperación de clientes.

En virtud de tales circunstancias, esta Comisión considera que cabe apreciar indicios suficientes de que TESAU pueda haber realizado actividades tipificadas en el artículo 53.q) de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia.

II. INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

1. Tipo infractor.

El artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tipifica como infracción muy grave “*el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las competencias que en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo le atribuye esta ley.*”

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, los actos y omisiones realizados por TESAU pueden considerarse como actividades comprendidas en la conducta tipificada en el citado artículo 53.q) de la Ley General de Telecomunicaciones.

2. Sanción que pudiera corresponder.

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que puede ser impuesta a la mencionada infracción son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.”

3. Órgano competente para resolver.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 letra a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 5 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.»

4. Procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993). No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de la potestad sancionadora,

RESUELVE

PRIMERO. Iniciar procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el presunto incumplimiento de la Circular 1/2001.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y todo ello, con las garantías previstas en la Ley precitada, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en los plazos a que se refiere el artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

SEGUNDO. Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Jorge Eiriz Martínez quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERO. En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO. En el supuesto de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1398/1993, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

QUINTO. Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.

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.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer