



COMISION 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 Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 17/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2006/701 INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. COMO CONSECUENCIA DE LA DENUNCIA PRESENTADA POR WORLD WIDE WEB IBERCOM, S.L. SOBRE DETERMINADAS PRÁCTICAS DE RECUPERACIÓN DE ABONADOS Y OFERTAS COMERCIALES.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2006/701 incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 13 de septiembre de 2007 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 17/08 de 8 de mayo, la siguiente Resolución:

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Acuerdo de 21 de junio de 2001, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó 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 (en adelante, Circular 1/2001 o Circular de Preselección, indistintamente).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La citada Circular se hizo pública mediante Resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de julio de 2001, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 2001.

El Apartado Quinto “Obligaciones del operador de acceso” de la Circular 1/2001 dispone lo siguiente, tras la modificación producida en virtud de la Circular 2/2002, de 18 de julio, en sus números cinco y seis:

“5. 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, ni podrá realizar en ningún momento prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado. La prohibición de prácticas de recuperación se aplica únicamente tras la habilitación de 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”.

6. La información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preselección, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada por departamentos distintos de los directamente involucrados en los procesos de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que tal información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.”

SEGUNDO.- 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.”

En dicho escrito se exponía que un abonado, la entidad IKOR Sistemas Electrónicos, S.A. (en adelante, IKOR) previamente preasignada con IBERCOM desde el 26 de mayo de 2005, había recibido una comunicación mediante correo electrónico de fecha 11 de julio de 2005, remitida por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU), sin que hubieran transcurrido cuatro meses desde que la preasignación de la línea referida fuera efectiva.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según expresaba IBERCOM en el referido escrito, la remisión de esta comunicación electrónica por parte de TESAU pondría de manifiesto que esta última entidad habría 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 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. (Documento 1 del expediente).

TERCERO.- Una vez analizada la documentación anexada 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) (Documento 2).

CUARTO.- Con fecha 11 de julio de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TESAU (Documento 3) mediante el cual presentaba las siguientes alegaciones:

- TESAU señalaba 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 se ha hecho referencia a un único caso de mayo de 2005 sin acreditar las demás situaciones que denuncia IBERCOM. Asimismo, TESAU entendía que no se habían probado los hechos denunciados mediante medios de prueba válidos.
- TESAU finalmente solicitaba que se resolviera desestimar la denuncia de IBERCOM y se procediese a archivar el expediente.

QUINTO.- Como resultado de las actuaciones llevadas a cabo en el período de información previa, esta Comisión, mediante Resolución de 13 de septiembre de 2007, acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAU, como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), por el presunto incumplimiento de la Circular 1/2001, al considerar que de las actuaciones practicadas se podían derivar elementos de juicio suficientes para estimar que concurrían las circunstancias que justificaban la incoación de un procedimiento sancionador. Dicha Resolución nombró a Don Jorge Eiriz Martínez Instructor del procedimiento sancionador (Documento 4).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 18 de septiembre de 2007, se procedió a notificar a TESAU, al denunciante y al instructor la citada resolución (Documentos 5, 6 y 7).

SÉPTIMO.- Mediante escrito del Instructor de este procedimiento se notificó a TESAU con fecha 1 de octubre de 2007 el otorgamiento de un plazo de 1 mes para realizar alegaciones de conformidad con el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 58 de la LGTel (Documento 8).

OCTAVO.- Con fecha 7 de noviembre de 2007, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TESAU (Documento 9) en el cual formulaba las siguientes alegaciones:

A) Alegaciones sobre la apertura del presente expediente sancionador.

Según TESAU, IBERCOM se ha limitado a realizar una serie de manifestaciones y conjeturas que resultan absolutamente falsas y que además no ha podido probar.

Por otro lado, TESAU alega que en el ámbito del derecho administrativo sancionador no cabe basarse en conjeturas, sino que es necesaria una prueba de cargo irrefutable que acredite los hechos imputados.

B) Alegaciones sobre el contenido de la documentación aportada y las diferentes obligaciones regulatorias aplicables a la portabilidad y la preselección.

TESAU expone que el asesor comercial que gestionó el correo electrónico puede recibir consultas pero dispone de información incompleta, lo que puede dar lugar a malentendidos. En este sentido, el citado comercial ha supuesto que existe una solicitud de portabilidad y, por tanto, de baja de líneas de dicho cliente que sería solicitada por parte de un tercer operador.

Asimismo, TESAU indica que el título de la referida comunicación electrónica - *BAJA TOTAL LÍNEAS TELEFÓNICAS*- implica que se está tratando de una consulta relacionada con la portabilidad ya que con la preselección no se produce la baja de líneas telefónicas.

Según TESAU, el correo electrónico pretendía informar sobre la supuesta portabilidad y mantener al cliente en la situación previamente existente, es decir, preasignado con IBERCOM y con el servicio de línea y soporte prestado por TESAU. En este sentido, TESAU entiende que IBERCOM confunde los conceptos de portabilidad y preselección, basando su denuncia en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presentación de un único documento que, estando evidentemente relacionado con una cuestión de portabilidad trata de ser utilizado como un intento de recuperación de preselección. En este contexto, continúa TESAU señalando que al tratarse de un supuesto de portabilidad no se ha establecido por esta Comisión un plazo de tiempo límite a partir del cual sea posible iniciar prácticas de recuperación de clientes.

C) Alegaciones sobre la falta de tipicidad de los hechos imputados.

TESAU entiende que la apertura del presente expediente sancionador vulnera el principio de tipicidad (artículo 129 de la LRJPAC) que debe regir la potestad sancionadora. El cumplimiento de este principio implica la imposibilidad de calificar una conducta como infracción, o de sancionarla, si las acciones y omisiones cometidas por un sujeto no guardan una perfecta similitud con las señaladas en los tipos legales.

De este modo y, en virtud del principio de tipicidad, para que exista una “conducta típica” y sancionable, debe apreciarse una identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en abstracto por la norma jurídica. Por ello, insiste TESAU en que los hechos imputados en la tramitación de este expediente, en cuanto que se realizan en el ámbito de la portabilidad, no suponen vulneración o incumplimiento de las instrucciones marcadas por esta Comisión. Las actuaciones prohibidas que se imputan a la citada entidad se encontrarían prohibidas en el ámbito de la preasignación y no resultan de aplicación en el entorno de la portabilidad.

Por lo tanto, manifiesta TESAU, los hechos imputados no podrían calificarse como infracción a tenor del artículo 53 q) de la LGTel. La consecuencia de esta falta de tipicidad sería que la sanción, que en su caso impusiera esta Comisión, resultaría improcedente.

Por último, TESAU solicita se acuerde dictar resolución por esta Comisión por la que se declare la inexistencia de infracción alguna, absolviendo a la referida entidad de todos los cargos, y procediendo al archivo del presente expediente.

NOVENO.- Mediante escritos de fechas 7 y 15 de noviembre de 2007 y, al amparo del artículo 16.2 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), se realizaron las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Dichas actuaciones consistieron en el análisis de las alegaciones, en la documentación presentada por las partes y en la solicitud de Informe a la Dirección de Análisis Económicos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y de Mercados de esta Comisión sobre la rama de actividad afectada por la infracción en cuestión (Documento 10) y a la Dirección Técnica de esta Comisión para analizar si la conducta realizada se trataba de un supuesto de portabilidad o de preselección (Documento 11). Las citadas solicitudes fueron contestadas mediante informes de fechas 12 y 16 de noviembre de 2007, respectivamente (Documentos 12 y 13).

DÉCIMO.- No habiendo propuesto TESAU la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma, no se acordó en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

UNDECIMO.- Con fecha 13 de septiembre de 2007, el Instructor del expediente redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso (Documento núm. 14):

***“PRIMERO.** Que se declare responsable directa a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido el apartado quinto, números cinco y seis, 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.*

***SEGUNDO.** Que se imponga una sanción económica a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por importe de doce mil (12.000) euros.”*

DUODÉCIMO.- La propuesta de resolución fue notificada a TESAU el día 17 de marzo de 2008, mediante escrito del Instructor con la misma fecha, recibida por la citada entidad el día 19 de marzo de 2008 (Documento núm. 15).

DECIMOTERCERO.- Con fecha 22 de abril de 2008, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de TESAU mediante el cual vino a dar cumplimiento al trámite de audiencia y a formular las alegaciones que estimó pertinentes, de acuerdo al artículo 19 de Reglamento del Procedimiento Sancionador (Documento núm.16). En dicho escrito se reiteran las alegaciones de TESAU realizadas con fecha 7 de noviembre de 2007.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

HECHO PROBADO

De la documentación obrante en el expediente ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Que TESAU remitió un correo electrónico de fecha 11 de julio de 2005 a IKOR, entidad previamente preasignada con IBERCOM desde el 26 de mayo de 2005.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:

De acuerdo con lo manifestado en el escrito remitido por IBERCOM a esta Comisión, la preselección realizada con IKOR fue ejecutada el día 26 de mayo de 2005, mientras que el día 11 de julio del mismo año, personal de IKOR recibió una comunicación por parte de TESAU. Para acreditar los hechos reflejados en su escrito, IBERCOM aportó la siguiente documentación (Documento 1):

- 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.
- Copia del correo electrónico del Asesor Comercial de TESAU en Guipúzcoa de fecha 11 de julio de 2005 por el que se produce el contacto comercial. La citada comunicación electrónica refiere a IKOR lo que a continuación se detalla:

“[...] Os comento que la infraestructura de soporte (líneas, central etc) actualmente la tenéis con Telefónica y realizáis el tráfico de llamadas con otro operador, si realizamos la portabilidad de estas líneas, Telefónica dejaría de daros soporte y desaparecería toda obligación con vosotros, quedando ésta en manos del otro operador.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si no queréis esto y preferís seguir como hasta ahora, es decir que Telefónica os de el soporte de líneas y números y que la otra operadora os facture el tráfico de llamadas, tenéis que firmar un documento para parar el proceso de portabilidad de líneas.

También estamos abiertos a negociar los tipos de descuentos y realizar una comparativa de las llamadas [...]"

En definitiva, si bien es cierto que se ha producido una comunicación electrónica entre TESAU e IKOR, también lo es que no es posible deducir que la misma se pueda englobar dentro de una actividad comercial. Parece más razonable inferir por el contenido del correo electrónico que podría considerarse una contestación a una consulta que realiza un cliente –IKOR- a su operadora –TESAU- sobre la posibilidad de efectuar la portabilidad de alguna de las líneas que aún tiene contratadas con esta última entidad.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- **Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.**

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 53 (...). 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.»

SEGUNDO.- **Tipificación de los hechos probados.**

El presente procedimiento sancionador se incoa por la presunta comisión de una infracción tipificada como infracción muy grave por el artículo 53.q) de la LGTel, que califica 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.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La instrucción del procedimiento sancionador ha revelado que la supuesta infracción del artículo 53.q) de la LGTel se concreta, en el presente caso, en el posible incumplimiento del apartado quinto, números cinco y seis, de la Circular 1/2001, cuyo tenor, después de la modificación producida por la Circular 2/2002, se recoge a continuación:

“5. 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, ni podrá realizar en ningún momento prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado. La prohibición de prácticas de recuperación se aplica únicamente tras la habilitación de 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”.

6. La información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preselección, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada por departamentos distintos de los directamente involucrados en los procesos de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que tal información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.”

Al respecto ha de tenerse en cuenta que, tal y como establece el artículo 48.3 e) de la LGTel, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, la Comisión podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 20.2 del Reglamento de la Comisión, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, las instrucciones recibirán la denominación de Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Circular 1/2001, de 21 de junio, se hizo pública mediante Resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de julio de 2001, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 2001, estableciendo su Disposición final que la entrada en vigor se produciría en el plazo de un mes a contar desde la citada publicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de TESAU, es necesario analizar si del hecho que ha resultado probado puede inferirse que haya existido un posible incumplimiento del apartado quinto, números cinco y seis, de la Circular 1/2001 y, por tanto, si constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la LGTel, esto es, el supuesto incumplimiento de una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias.

A. Tipificación del hecho probado como incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001.

En el presente caso, la comisión de la infracción tipificada el artículo 53.q) de la LGTel se concreta, con carácter general, en un supuesto incumplimiento por parte de TESAU de las condiciones establecidas en el número seis del apartado quinto de la Circular de Preselección que establece:

6. La información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preselección, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada por departamentos distintos de los directamente involucrados en los procesos de preselección, ni tampoco comunicada a dichos departamentos distintos o a otra entidad ajena al operador de acceso, de modo que tal información pueda emplearse en beneficio de los servicios comerciales del operador de acceso, o de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva.”

Después del análisis de los documentos aportados en el presente procedimiento y, en concreto, de la sola y única existencia de un correo electrónico, no es posible concluir del contenido del mismo ni que la información obtenida por TESAU durante el proceso de preselección haya sido utilizada para fines distintos para el que fue proporcionada ni que haya sido empleada por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, utilizándose en beneficio de sus servicios comerciales.

Asimismo, es necesario destacar que el contenido de la comunicación electrónica es confuso. Analizando el título del referido correo electrónico –Baja total de líneas telefónicas- se podría presumir que ha existido anteriormente una consulta sobre la posibilidad de portar las líneas en las que TESAU aún seguía prestando servicio a IKOR. Así queda reflejado cuando el comercial indica:

“[...] Os comento que la infraestructura de soporte (líneas, central etc) actualmente la tenéis con Telefónica y realizáis el tráfico de llamadas con otro operador, si realizamos la portabilidad de estas líneas, Telefónica dejaría de daros soporte y desaparecería toda obligación con vosotros, quedando ésta en manos del otro operador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si no queréis esto y preferís seguir como hasta ahora, es decir que Telefónica os de el soporte de líneas y números y que la otra operadora os facture el tráfico de llamadas, tenéis que firmar un documento para parar el proceso de portabilidad de líneas.

No existe por el contrario la certeza que desde el departamento de preasignación de TESAÚ se haya utilizado la información para otros fines distintos para los que fue proporcionada y, por tanto, no es posible concluir que se haya efectuado un incumplimiento de la Circular 1/2001.

Por tanto, de conformidad con lo actuado respecto de la tipificación de los hechos probados en relación con el apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, cabe concluir que no puede probarse que TESAÚ haya incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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.

B. Tipificación de los hechos probados como incumplimiento del apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001.

El apartado quinto, número cinco, de la Circular de Preselección establece que:

“5. 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, ni podrá realizar en ningún momento prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado. La prohibición de prácticas de recuperación se aplica únicamente tras la habilitación de 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”.

El contenido del correo, como se señala anteriormente es confuso, podría tratarse de un supuesto de baja de líneas al entenderse que existe una solicitud de portabilidad. En este sentido, el título de la referida comunicación electrónica -BAJA TOTAL LÍNEAS TELEFÓNICAS- parecería indicar que se está tratando de una consulta relacionada con la portabilidad debido a que con la preselección no se produce la baja de líneas telefónicas.

Más aún, sólo se ha aportado el referido correo electrónico, no habiendo contactos posteriores con el cliente. En consecuencia, dada la incoherencia del correo electrónico, no se puede llegar a la conclusión de que existan indicios suficientes del incumplimiento de la Circular 1/2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, al tratarse de un supuesto de portabilidad, no se ha establecido por esta Comisión un plazo de tiempo límite a partir del cual sea posible iniciar prácticas de recuperación de clientes.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y tras el análisis del hecho probado, no es posible determinar que la actuación del comercial de TESAU se englobe dentro de un supuesto de práctica de recuperación de clientes.

Por todo ello, cabe concluir que no es posible probar que TESAU haya incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento del apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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.

En consecuencia, procede archivar el presente procedimiento en lo referente al incumplimiento del apartado quinto números cinco y seis de la citada Circular 1/2001.

No obstante lo anterior, debe ponerse de manifiesto que las conductas denunciadas por IBERCOM de haber sido indubitadamente probadas serían consideradas muy graves por afectar directamente a la competencia en los servicios de comunicaciones electrónicas. Por ello, esta Comisión vigilará especialmente los servicios de preselección a fin de que se respeten debidamente las normas contenidas en las Circulares por ella aprobadas y sancionará aquéllas que las vulneren y que hayan sido debidamente probadas en el correspondiente procedimiento.

Vistos los Antecedentes de hecho, Hecho probado y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el instructor del presente expediente sancionador,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

ÚNICO. Archivar el expediente sancionador incoado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.q) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por 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, 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 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

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera