



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de julio de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA LA ENTIDAD “BT TELECOMUNICACIONES, S.A.” Y SE ACUERDA NO INICIAR EL MISMO.

En relación con la denuncia presentada por “SWIFTCOM, S.L.” sobre la supuesta comisión de una infracción administrativa por incumplimiento de la Circular de esta Comisión 1/1999 por parte de la entidad “BT Telecomunicaciones, S.A., Sociedad Unipersonal”, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 25/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 6 de julio de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/2501.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante fax de 5 de abril de 2000 (con entrada en esta Comisión el día 6 del citado mes), la entidad “SWIFTCOM, S.L.” denunció ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la existencia de un posible



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso de preasignación de operador sin autorización del abonado, y que habría sido realizada por “BT Telecomunicaciones, S.A.” (en adelante BT).

A dicho fax la denunciante acompañaba otro fax remitido por ella a BT (de fecha 3 de abril de 2000, según se desprende de su contenido: “...,les emplazamos para que, antes de las 12:00 horas de mañana, día 4 de abril...”).

En el fax enviado en su día a BT, la entidad denunciante manifestaba lo siguiente:

- Que había sido cliente de BT, pero que con fecha 1 de febrero de 2000 procedieron a cancelar los contratos BT LINK y BT VOZ, mediante comunicación por fax, en la que además se indicaba que por tal razón no se procedía a remitir los impresos originales firmados que BT les había solicitado.
- Que, desde la tarde del día 3 de abril de 2000, no pueden realizar llamadas desde sus números de teléfono 91-625.01.63, 91-625.01.64 y 91-650.47.96, y que un “mensaje pregrabado” les informa de la imposibilidad de realizar las llamadas por no ser clientes de BT.
- Que, en esa misma fecha, 3 de abril de 2000, el servicio de atención al cliente de BT les propone solicitar la preasignación a Telefónica como operadora, y, mientras ésta se ejecute, anteponer el prefijo de este último operador. Ante lo cual, el denunciante manifiesta su disconformidad y reitera su petición de que sus líneas queden libres de toda preasignación a favor de BT.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de abril de 2000 se comunicó a BT la apertura de período de información previa con el fin de conocer las circunstancias relativas a los hechos aducidos en el escrito de denuncia presentado por “SWIFTCOM, S.L.” y decidir sobre la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador contra esa entidad. Asimismo, se les comunicaba que disponían de un plazo de 10 días hábiles a partir del siguiente a la recepción de la comunicación para realizar las alegaciones y aportar los documentos que tuvieran por conveniente.

TERCERO.- Con igual fecha se requirió a “Telefónica de España, S.A.U.” para que en el plazo de 10 días hábiles remitiera a esta Comisión copia de la documentación que obrara en sus dependencias relativa al procedimiento de selección a favor de BT, en relación a los números de teléfono mencionados en la denuncia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- El día 12 de mayo de 2000 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica de España, S.A.U por el que se cumplimenta el requerimiento antes mencionado. En dicho escrito se contiene información sobre los números 91-625.01.63 y 91-650.47.96, relativa a su habilitación a favor de BT y a la posterior inhabilitación. En cuanto al número 91-625.01.64, se reconoce que la solicitud de preasignación remitida por BT fue rechazada por el carácter incompleto y erróneo de los datos que en ella figuraban. A lo ya mencionado, añaden las siguientes consideraciones:

- Que BT no les ha remitido el original/copia de la solicitud de preasignación formulada por el abonado en relación a los dos números respecto a los que se produjo la habilitación, pese al requerimiento de Telefónica.
- Que se ha producido un supuesto de “slamming”, esto es, una preasignación a favor de un operador en contra de la voluntad del abonado. Que tal supuesto constituye un incumplimiento de la Circular de esta Comisión 1/1999, de 4 de noviembre, sobre implantación de la Preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas y, concretamente del párrafo segundo del apartado 3.1.2.2 del Anexo I de la misma. Por lo que solicita la iniciación de un procedimiento sancionador contra BT, Telecomunicaciones, S.A.

Además, Telefónica de España solicita que se le reconozca el carácter de interesada a fin de que las actuaciones que se generen en el procedimiento se entiendan con ella.

Al mencionado escrito acompaña copia de la solicitud de inhabilitación formulada por “SWIFTCOM, S.L.” en relación a los tres números de teléfono aludidos, de fecha 6 de abril de 2000

QUINTO.- El 12 de mayo de 2000 tuvo entrada en esta Comisión el escrito de BT mediante el que, en síntesis, realiza las siguientes alegaciones:

- Que no ha existido incumplimiento alguno por parte de BT de la Circular 1/1999 debido a que el 2 de diciembre de 1999 recibió, por medio de fax, una solicitud de preasignación a su favor, formulada por “SWIFTCOM S.L.” en relación a los números que se citan en la denuncia (acompaña como Anexo I una fotocopia del mencionado fax). Que el citado fax constituye un consentimiento dado por escrito de SWIFTCOM, S.L. a BT para que ésta iniciara el procedimiento de preasignación ante Telefónica. Asimismo, manifiesta que en la Circular 1/1999 no hay ninguna disposición que impida que la solicitud de preasignación pueda enviarse por fax. Que de las actuaciones habidas hasta el momento se desprende que es práctica



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habitual de SWIFTCOM, S.L. realizar sus comunicaciones por medio de Fax y que incluso esta Comisión ha aceptado tal medio de comunicación para el inicio de este período de información previa ya que la denuncia de la citada entidad ha sido remitida a la Comisión por medio del citado servicio de telecomunicación.

- Que la normativa sobre preasignación no contempla la posibilidad de anular solicitudes por parte del operador beneficiario, contemplando únicamente la posibilidad de inhabilitar la preasignación ya realizada mediante la solicitud del abonado dirigida al operador de acceso. Debido a lo anterior BT no pudo atender a la solicitud que, el día 2 de febrero recibió por fax de "SWIFTCOM S.L." sobre cancelación de contrato. Por eso contestó a la citada entidad que, al estar ya iniciado el procedimiento de preasignación, era el propio abonado el único que podía solicitar a Telefónica de España la inhabilitación.
- Que en ningún momento ha existido intencionalidad alguna por BT en causar daño o perjuicio a la denunciante.
- Que los problemas que la denunciante ha podido sufrir no son imputables a BT y que están ya solventados al haberse ejecutado la inhabilitación.

Al escrito de alegaciones, se acompaña:

- a) Fotocopia de la solicitud, que se remitió por fax, de preasignación a favor de BT respecto de los números mencionados en el escrito de denuncia, firmada por el representante de "SWIFTCOM, S.L." y de fecha 2 de diciembre de 1999.
- b) Copia de mensaje de correo electrónico enviado el 7 de enero de 2000 a Telefónica, solicitando la preasignación a favor de BT de los números de teléfono citados.
- c) Copia de mensaje de correo electrónico, enviado el 5 de mayo de 2000 de Telefónica a BT, al que se adjuntan las inhabilitaciones ejecutadas hasta la fecha y entre las que figuran las relativas a los números 91-625.01.63 y 91-650.47.96.

SEXTO.- Con fecha 31 de mayo de 2000, se remitió escrito a la entidad denunciante para que remitiera a esta Comisión la siguiente información:

Que confirmara si el fax presentado por BT en su escrito de alegaciones había sido remitido a la citada entidad por el representante legal de SWIFTCOM, S.L. y fecha en la que, en su caso, se remitió el citado fax.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2000 SWIFTCOM, S.L. ha contestado el requerimiento de información confirmando que el citado fax fue enviado el día 2 de diciembre de 1999 a BT Telecomunicaciones, S.A.U por el representante legal de de Swiftcom, S.L.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del escrito.

El escrito presentado por fax ante esta Comisión el día 6 de abril de 2000 constituye una denuncia, en cuya virtud se ponen en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 79.14 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de una Circular dictada por esta Comisión.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Undécima de la Ley General de Telecomunicaciones, 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 el escrito presentado ante esta Comisión se alude a un caso presunto de preasignación realizada por BT Telecomunicaciones sin el consentimiento del abonado, lo que podría suponer el incumplimiento de apartado noveno de la Circular 1/1999 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. De acuerdo con esto y con el precepto transcrito ha de calificarse tal escrito como denuncia a fin de examinar, con consideración de las alegaciones y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

documentos aportados durante el trámite de información previa, si procede, iniciar el correspondiente expediente sancionador.

Segundo.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Para determinar si es competente esta Comisión para resolver acerca de las cuestiones planteadas por el escrito de denuncia, ha de analizarse si la conducta descrita en el escrito de denuncia se puede considerar como una conducta sancionable por esta Comisión.

Por Resolución de 4 de noviembre de 1999, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en ejercicio de la potestad normativa que le reconoce el art. 1.Dos.2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, aprobó la Circular 1/1999, sobre implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicación Fijas, en cuyo apartado primero se señala:

“La presente circular tiene por objeto dar instrucciones para la implantación de los mecanismos de preasignación de operador en las líneas de abonado conectadas a centrales telefónicas, para los servicios telefónicos de larga distancia y para los de telefonía móvil automática y los de comunicaciones de móviles, a fin de resolver las cuestiones de relevancia en relación con dicha facilidad que pudieran dificultar su establecimiento en las fechas legalmente previstas.”

Por otra parte, el apartado noveno de la Circular establece:

“Los operadores no podrán iniciar el proceso de preasignación a un abonado, sin consentimiento escrito de éste último.”

Por lo tanto, la existencia o no de la supuesta infracción de la normativa de preasignación de operador que es objeto de la denuncia ha de analizarse tomando como referencia el marco regulado por la Circular 1/1999.

Por su parte, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones declara en el art. 79.14:

*“Se consideran infracciones muy graves:
El incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, sobre salvaguardia de la libre competencia en el mercado.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo relativo a la competencia para sancionar esta infracción, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, dispone en el art. 1.Dos.2 l):

“Para el cumplimiento de este objeto –salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos-, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

El ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así, como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el desarrollo de sus funciones.”

De acuerdo con todo esto, esta Comisión se considera competente para conocer sobre la supuesta infracción que se denuncia.

B. Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Valoración de las actuaciones realizadas en el período de información previa

Examinadas las actuaciones habidas, los escritos presentados y los documentos adjuntos a los mismos, se realiza la siguiente valoración de los mismos:

- Ha quedado acreditado que BT Telecomunicaciones recibió el 2 de diciembre de 1999 una solicitud de preasignación relativa a los números recogidos en el hecho primero y firmada por el representante de “SWIFTCOM, S.L.”; solicitud que fue remitida por medio de fax.
- Resulta controvertida la fecha de envío de dicha solicitud de preasignación al operador de acceso. Según BT, la solicitud de preasignación se envió al operador de acceso (Telefónica de España, S.A.U.) el 7 de enero de 2000; según Telefónica de España, se le envió el 15 de marzo, finalmente. No obstante, BT aporta, para justificar esta alegación, copia de impresión del correo electrónico (de 7 de enero de 2000) por la que solicitó a Telefónica la preasignación objeto del presente procedimiento; Telefónica no aporta justificación alguna. En atención a lo anterior debemos considerar que la solicitud de preasignación efectuada por BT a Telefónica es anterior al día 1 de febrero de 2000, fecha en la que Swiftcom comunicó por medio de fax a BT que se abstuviera de tramitar la preasignación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se considera acreditado que el 2 de febrero de 2000, BT Telecomunicaciones recibió un fax de "SWIFTCOM, S.L." sobre cancelación de contrato.
- Igualmente, se considera acreditado que el 3 de abril de 2000 se ejecutó la habilitación de preasignación a favor de BT respecto a los números 91-625.01.63 y 91-650.47.96, así como que el día 6 de abril el abonado presentó solicitud de inhabilitación a Telefónica de España, y que la misma ya se ha ejecutado al día de la fecha. Según las alegaciones de Telefónica, tal inhabilitación se habría ejecutado el 18 de abril respecto al número 91-625.01.63, y, respecto al número 91-650.47.96, el 14 de abril.

Segundo.- Análisis de la supuesta infracción denunciada.

En el fax remitido a esta Comisión por la entidad "SWIFTCOM, S.L.", se denuncia un caso de preasignación de operador, realizada por BT Telecomunicaciones, sin la autorización del abonado titular de los números objeto de la preasignación. Se trataría de un supuesto de la práctica que es conocida con el nombre de "slamming" consistente en realizar tramitaciones de preasignación de operador sin el consentimiento de los abonados, y que la Circular 1/1999 prohíbe expresamente cuando establece en su apartado noveno:

"Los operadores no podrán iniciar el proceso de preasignación a un abonado, sin consentimiento escrito de este último."

Este precepto trae causa de lo dispuesto en el Reglamento de interconexión, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, que dispone en el art. 19.3:

"El cambio de operador por preselección será coordinado por el operador beneficiario del mismo. Previa solicitud escrita del abonado a dicho operador, éste informará de la misma al operador preseleccionado con anterioridad, comunicándole la fecha de efectividad de tal preselección. El cambio se realizará en un plazo inferior a cinco días, contados desde la recepción de la comunicación."

De lo anterior se deduce que para que se produzca el hecho tipificado y tenga lugar la infracción del apartado transcrito de la Circular se necesita, por tanto, que concurren dos elementos fácticos: el inicio de un proceso de preasignación y la falta de consentimiento escrito del abonado a preasignar.

En cuanto al primero de estos elementos, ha quedado acreditado que BT Telecomunicaciones inició un proceso de preasignación a su favor. Ahora bien,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en lo que concierne al elemento volitivo que necesariamente debe acompañar a toda actuación infractora, debe descartarse cualquier intención de esta entidad en preasignarse al abonado "SWIFTCOM, S.L." una vez que recibe su comunicación cancelatoria del contrato; cancelación a la que BT procede, de tal forma que cuando se ejecuta la preasignación la misma no llega a ser efectiva.

En cuanto al "consentimiento escrito" del abonado, hay que entender que éste existe, a la vista del documento aportado BT en el anexo 1 a su escrito de alegaciones cuya veracidad ha sido corroborada por la propia entidad denunciante. Ha quedado acreditado que el representante de "SWIFTCOM, S.L." firmó una solicitud de preasignación a favor de BT, que fue remitida por medio de fax a la entidad beneficiaria de la preasignación.

Al respecto de este medio de remisión del escrito, cumple señalar la existencia de jurisprudencia que acepta la validez del consentimiento que se manifieste a través de fax. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1996 (RJ 1996/6079) dice: *"El medio técnico utilizado, es decir la comunicación por fax, no resulta para nada impeditiva a efectos de llevar a cabo actos de contratación"*. Se analiza en esta Sentencia un caso (sobre contrato de transacción) que presenta ciertos paralelismos con el recogido en el escrito de denuncia, en el sentido de que, no obstante la transmisión del fax, uno de los contratantes (en este caso, BT) exige la entrega de los documentos originales firmados; al respecto de lo cual se declara:

"...En la parte final dicho documento debajo de la firma que lo autoriza, presenta una nota también a mano y en tinta que dice "Se hará firme con los documentos originales firmados".

(...)

El discurso casacional conduce al análisis de si ha de entenderse o no que la recurrida Pioneer Concrete Hispania resultó obligada por la remitida a medio de fax, ya que expresamente la aceptó y han de ser consideradas como meras incidencias las notas manuscritas que aparecen en el documento.

(...)

En el caso de autos la transacción discutida conforma contrato debidamente perfeccionado, válido y vinculante, a tenor del artículo 1258 del Código Civil, pues medió compromiso escrito que firmaron los litigantes interesados para desistir de la apelación pendiente y la falta de firma en dicho documento –cuya validez no se ha impugnado–, por parte de Pioneer Concrete se suplió y completó con la aceptación firmada del fax remitido, expresiva de la prestación de su consentimiento, constituyéndose de esta manera relación contractual unitaria y sucesiva en el tiempo respecto a los efectos convenidos.

(...)Lo que se deja expuesto no lo desvirtúa las notas que figuran en el fax de aceptación, pues las mismas no condicionan la eficacia del contrato y hasta están fuera del mismo, al figurar debajo de la firma que lo autoriza."



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A mayor abundamiento, en relación al contrato de seguro, para el que se exige que el consentimiento se manifieste por escrito (art. 5 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro), hay que señalar que también la jurisprudencia ha estimado la existencia de dicho consentimiento cuando el documento se remite mediante fax (STS 8 octubre 1999, RJ 1999/7317).

Cumple señalar que también el legislador, a propósito de las solicitudes que los interesados dirigen a la Administración, acepta que el consentimiento escrito se manifieste por medio de fax. Así resulta de aplicar el apartado 2 del art. 45 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre), *sobre incorporación de medios técnicos*, a los supuestos de solicitudes de iniciación que presenten los interesados (escrito en el que se exige figure firma de los mismos, según el art. 70 de la misma Ley). El mencionado art. 45.2 de la Ley de Procedimiento dice:

“Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.”

De los antecedentes de hecho expuestos, resulta también acreditado que este consentimiento manifestado en el documento que se remite por medio de fax, es revocado en igual forma: escrito remitido por medio de fax (que se recibe por BT el 2 de febrero). De las actuaciones habidas en el período de información previa resulta que esta revocación es posterior al envío que BT realizó a Telefónica de España de la solicitud de habilitación a su favor. En cualquier caso, este cambio de voluntad del abonado a preasignar fue respetado por BT que procedió a la cancelación del contrato, no prestándose el servicio que se había acordado previamente.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Archivar la denuncia formulada por “SWIFCOM, S.L.” contra “BT, Telecomunicaciones, S.A.” por presunto incumplimiento de la Circular 1/1999 de esta Comisión, por no concurrir hechos o circunstancias que justifiquen la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS 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 el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde 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 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 del 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,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.