



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 la Sesión nº14/2002 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de abril de 2002, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO

DE INICIACIÓN DE EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U, POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CIRCULARES 1/1999, 1/2000 Y 1/2001, 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 TELECOMUNICACIÓN FIJAS

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 1 de abril de 2002 Jazz Telecom S.A., Lince Telecomunicaciones SAU y Retevisión I, SAU pusieron en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que el Departamento de Marketing de Telefónica de España (en adelante TESAU) estaba realizando un "mailing" dirigido a clientes preseleccionados con otros operadores en el que expresamente se dice que:

"Hace escasas fechas hemos dado curso a una solicitud por parte de otro operador en la que nos solicitaban la preasignación de su número para realizar con él, de manera automática sus comunicaciones".

"En el citado "mailing", TESAU no sólo aprovecha la ocasión para recordarle al cliente que Telefónica continúa trabajando para ofrecerle los mejores servicios y una amplia gama de descuentos que les permita conseguir un importante



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ahorro en sus llamadas, adjuntándole información sobre la selección de los productos, servicios y planes de descuento de TESAU, sino que se adjunta igualmente una solicitud de inhabilitación de preasignación en formato de repuesta comercial (que no requiere sello) dirigida a la Oficina de Preasignación de Telefónica."

Estas compañías adjuntan a su escrito, determinadas cartas enviadas bajo el logotipo del Grupo Telefónica con firma del "Director General de Marketing" y folleto informativo con la selección de productos, servicios y planes de descuento que se ofrecen bajo el mismo logotipo para clientes de telefonía fija, así como copia de la solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas de la preasignación, respectivamente, con sobre de respuesta comercial dirigido a la "Oficina de Preasignación de Telefónica". Si bien, constan los nombre de clientes a los que se dirigen esas cartas: Doña Carmen Mateas Moreno y D. Oscar Valderrama Romero, no se hace referencia a la fecha en que fueron cursadas sus respectivas solicitudes de preselección.

Jazztel, Lince y Retevisión sostienen que este comportamiento de TESAU es contrario a la normativa sectorial y a la normativa vigente en materia de preselección y altera las condiciones de competencia efectiva, encuadrándose en una estrategia global de obstaculización a la preselección, por lo que solicitan de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entre otras, la adopción de medidas tendentes a la salvaguarda de la libre competencia incluidas medidas cautelares consistentes entre otras en la paralización inmediata de la campaña de referencia y la petición a TESAU de medidas de reparación del daño causado a la vez que denuncian la infracción de las Circulares dictadas por la Comisión en materia de preselección.

SEGUNDO.- Con fecha de 4 de abril de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Retevisión I en el que se incluye información adicional sobre clientes preseleccionados con dicho operador con fecha 11 de febrero de 2001, 8 de febrero de 2001, 13 de febrero de 2001 y 16 de septiembre de 2000, todos los cuales han sido destinatarios de la misma carta y documentación adjunta a que se ha hecho referencia en el hecho primero.

TERCERO.- Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y de las medidas que esta Comisión estime oportuno adoptar, en su caso, para la salvaguarda de la competencia en el mercado en relación con los hechos descritos en los escritos a que se ha hecho referencia, existen elementos de juicio suficientes para estimar que concurren las circunstancias que justifican la iniciación de un procedimiento sancionador contra TESAU en atención a la existencia de indicios de que se ha producido una utilización por los servicios comerciales de la propia TESAU



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la información obtenida por TESAU en el curso de los procesos de preselección, en beneficio de la propia compañía.

La redacción literal de las cartas enviadas a clientes preseleccionados en muy distintas fechas y firmadas por el Director General de Marketing constituye un indicio más que suficiente de que se han facilitado los datos obtenidos por la Oficina de Preselección al Departamento de Marketing, el cual habría utilizado esta información para identificar a los destinatarios de una potencial acción comercial de publicidad. Ello se deduce con toda claridad de lo manifestado en el primer párrafo de la carta: *"Hace escasas fechas hemos dado curso a una solicitud por parte de otro operador en la que nos solicitaba la preasignación de su número de teléfono para realizar con él de manera automática, sus comunicaciones."*

Es decir, la acción comercial de publicidad desarrollada por el departamento de marketing tiene por destinatarios a los clientes preseleccionados con otros operadores de cuyos datos el área encargada de marketing admite tener constancia como consecuencia de la propia solicitud de preasignación que en su día fue dirigida por los operadores beneficiarios a la "Oficina de Preselección de Telefónica". Ello supone que existen indicios de que el departamento de marketing en algún momento posterior a la preselección habría tenido acceso a los datos obtenidos como consecuencia del procedimiento de preselección y los habría utilizado en beneficio de su propia actividad.

De lo anterior se concluye, además, que existen suficientes indicios para entender que este acceso, no es puntual, sino que se ha utilizado para obtener, con carácter generalizado, la base de clientes que debían ser los destinatarios de la acción comercial desarrollada por el área de marketing, consistente, esta acción comercial en que a estos específicos clientes se les facilita información sobre los servicios y planes de descuento de TESAU y se les adjunta solicitud de inhabilitación de la preasignación en la que ya figuran todos sus datos personalizados: nombre, apellidos, NIF, números de teléfono y dirección.

Tal utilización de la información obtenida en el proceso de preselección, colocaría al operador de acceso en una situación de ventaja competitiva respecto de sus competidores, los cuales no disponen de la misma información a la hora de formular sus estrategias comerciales, dado que, a priori, desconocen si el cliente al que se dirigen se encuentra o no preseleccionado con otro operador, y en consecuencia la oferta comercial de la que disfruta en cada momento, así como sus datos completos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A los anteriores antecedentes de hecho le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 79.14 de la Ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones (adelante LGTel), tipifica como infracción muy grave *“el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, sobre salvaguarda de la libre competencia en el mercado”*.

Las Circulares 1/2001, 1/2000 y 1/1999 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones han sido dictadas al amparo del artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que atribuye a la Comisión del Mercado Telecomunicaciones, en el marco de su objeto de salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones establecido en el artículo 1. Dos.1 de la misma Ley, que le atribuye capacidad normativa para dictar instrucciones o circulares dirigidas a las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez hayan sido publicadas en el Boletín Oficial del Estado, con el fin de salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicación por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta.

SEGUNDO.- Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador y vistos los antecedentes, resulta afectado el apartado quinto, de la Circular 1/2001 de 21 de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 27 de julio de 2001, el cual, bajo el epígrafe obligaciones del operador de acceso, mantiene en su número 6 que:

"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."

Esta previsión forma parte de las obligaciones a las que TESAU, en tanto que operador de acceso obligado a facilitar la preselección, debe atenerse en la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

implantación de mecanismos de preselección de operador y en la disponibilidad del servicio, conforme a los apartados primero y segundo de la citada circular.

A su vez, esta misma prohibición ya fue incluida en la Circular 1/1999 de 4 de noviembre (BOE números 270 de 11 de noviembre de 1999) en su apartado octavo, párrafo segundo, en el cual se decía que *"la información obtenida por el operador de acceso dominante durante el proceso de preasignación sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular esta información no podrá ser empleada en beneficio de sus propios servicios comerciales o de los de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva"*.

Igualmente, la Circular 1/2000 de 30 de noviembre (BOE de 13 de diciembre de 2000) se remitía a esta misma prohibición en sus apartados tercero.7 y cuarto.4.

Ambas Circulares 1/1999, de 4 de noviembre y 1/2000, de 30 de noviembre fueron posteriormente derogadas por la Circular 1/2001.

TERCERO.- Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 82.1.A) de la citada Ley General de Telecomunicaciones, las sanciones que pueden ser impuestas a la mencionada infracción son las siguientes:

"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; o, en caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de su aplicación resultare 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 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual; el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros)."

CUARTO.- El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en los artículos 76.1 y 84.1.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y el artículo 1 apartado Dos.2.I, en relación con el apartado Tres del mismo artículo de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, según el cual corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 ejercicio de sus funciones.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria undécima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, el presente procedimiento sancionador se substanciará de acuerdo con lo establecido 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).

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

RESUELVE

PRIMERO. Iniciar expediente sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.14 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones por el incumplimiento 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 y, en su caso, de las Circulares 1/2000 y 1/1999. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho Tercero de la presente resolución.

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 establecido en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, todo ello, con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 285 de 27 de noviembre de 1992) y 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a D. José Manuel Vilares Landriz, 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. De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, los interesados en el presente expediente disponen de un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la practica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

CUARTO. 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.

QUINTO. 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO. Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Así mismo, 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.

Contra los demás apartados de la presente resolución, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del derecho de oposición que asiste a los interesados en virtud del artículo 107 de la Ley 30/1992.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^º Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes