



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELÁZQUEZ VIOQUE, 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 09/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 6 de marzo de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/6526 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 18 DE ABRIL DE 2002.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado a la entidad Telefónica de España, S.A.U. por Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 18 de abril de 2002 y vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones presentadas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 09/03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 6 de marzo de 2003, recaída en el expediente AJ 2002/6526.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (en adelante, Circular 1/2001 o Circular de Preselección, indistintamente).

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 en su redacción original, números cinco y seis:

"5. El operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de dos meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, ni podrá realizar prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado.

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. Con fecha 1 de abril de 2002 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito conjunto de las entidades Jazz Telecom S.A., Lince Telecomunicaciones S.A.U. y Retevisión I, S.A.U. de 27 de marzo de 2002 (Documento 1 del expediente administrativo) mediante el cual pusieron en conocimiento de esta Comisión que el Departamento de Marketing de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante TESAU) estaba realizando una campaña comercial denominada Hogar Dulce Hogar (en adelante, HDH) dirigida a clientes preseleccionados con otros operadores, en la cual se incorporaba un documento que expresamente afirmaba lo siguiente:

"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".

Las entidades Jazz Telecom S.A., Lince Telecomunicaciones S.A.U. y Retevisión I, S.A.U. adjuntaron a su escrito de 27 de marzo de 2002 los siguientes documentos:

- Dos cartas comerciales originales con referencia CMHDH.2.02 enviadas bajo el logotipo del Grupo Telefónica con firma del Director General de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Marketing, según consta en los propios documentos y que comienza con la frase antes reproducida.

- Dos folletos informativos originales con referencia FMHDH.2.02 bajo el título Hogar Dulce Hogar con la selección de productos, servicios y planes de descuento que se ofrecen bajo el mismo logotipo para clientes de telefonía fija.
- Dos originales de la solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas de la preasignación con referencia CRMHDH.2.02 incluyendo sobre de respuesta comercial en el reverso dirigido a la Oficina de Preasignación, apartado 211F.D. 28080 Madrid, rellenados parcialmente con los datos personales correspondientes respectivamente a los dos clientes previamente preasignados con otro operador.

En el referido escrito conjunto de fecha 27 de marzo de 2002, dichas entidades denunciaron la infracción de las sucesivas Circulares dictadas por la Comisión en materia de preselección, citando especialmente la Circular 1/2001.

TERCERO. Con fecha de 4 de abril de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Retevisión I, S.A.U. (Documento 2) en el que se incluyó información adicional sobre cuatro clientes preseleccionados con dicho operador en fechas respectivas 11 de febrero de 2001, 8 de febrero de 2001, 13 de febrero de 2001 y 16 de septiembre de 2000, todos los cuales habían sido destinatarios de la misma carta comercial y documentación adjunta de la campaña HDH a que se ha hecho referencia en el antecedente anterior.

CUARTO. En su sesión número 14/2002 de fecha 18 de abril de 2002, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar un expediente sancionador contra la entidad TESAU por presunto incumplimiento de las Circulares 1/1999, 1/2000 y 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.

El expresado Acuerdo de Iniciación fue notificado a TESAU en fecha 25 de abril de 2002, según consta debidamente acreditado en el expediente administrativo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 16.1 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador) aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se otorgó a TESAU un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la notificación del Acuerdo, para comparecer en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para tomar vista del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

expediente, proponer la practica de todas aquellas pruebas que estimase convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendiera valerse, así como presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estimase convenientes.

En fecha 29 de abril de 2002 la representación legal de TESAU consultó y recibió copias de documentos obrantes en el procedimiento.

QUINTO. El día 6 de mayo de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de Retevisión I, S.A.U. de fecha 30 de abril de 2002 (Documento 11), mediante el cual se procedió a aportar nueva documentación relativa a un conjunto de números telefónicos cuyos titulares habían sido supuestamente destinatarios de la campaña comercial HDH.

SEXTO. En fecha 21 de mayo de 2002 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito remitido por TESAU el día 16 de mayo del mismo año (Documento 12), mediante el cual dicha entidad procedió a efectuar alegaciones en relación con la denuncia conjunta expresada en el antecedente segundo.

Las alegaciones presentadas por TESAU se refieren a los dos expedientes administrativos iniciados como consecuencia de la denuncia conjunta de continua referencia; por un lado, el procedimiento sancionador AJ 2002/6526 que trae causa y, por otro, el periodo de información previa iniciado ante las supuestas prácticas anticompetitivas derivadas de la campaña comercial HDH, tramitado bajo la referencia OM 2002/6476 y finalizado mediante Resolución de fecha 4 de julio de 2002.

El contenido de las alegaciones relativas al procedimiento sancionador que trae causa son las siguientes:

1. Como cuestión previa, la necesidad de acumular los expedientes AJ 2002/6526 y OM 2002/6476 por su supuesta identidad de razón y dada la coincidencia de Administración y administrado.
2. En relación con los supuestos incumplimientos de la Circular 1/2001,
 - a. Sobre el supuesto incumplimiento del apartado quinto punto cinco de la citada Circular, TESAU sostiene que las cartas comerciales no se han enviado nunca en el llamado periodo de carencia de dos meses que TESAU se ve obligada a respetar.
 - b. Sobre el supuesto incumplimiento del apartado quinto punto seis de la misma Circular, TESAU alega que,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Para poder deducir los clientes que podrían estar preasignados con otro operador, existen otras vías que hacen que no resulte necesario, para mi representada, utilizar la información derivada del proceso de preasignación que de acuerdo con la Circular 1/2001 no pueda ser utilizada. Por ejemplo, clientes a los que se factura la cuota de abono y a los que no se les facturan las llamadas, o a los que se les factura un ámbito y no otro, podrían ser clientes preasignados.”

Al respecto, TESAU añadió en su escrito de alegaciones de 16 de mayo de 2002 que *“en el momento procedimental oportuno se acreditará cuales son las vías aludidas en este apartado.”*

Por todo ello, TESAU concluyó su escrito solicitando que se ordenase el archivo del procedimiento sancionador AJ 2002/6526. Subsidiariamente, solicitó la acumulación de los expedientes AJ 2002/6526 y OM 2002/6476 e interesó que *“se proceda a abrir un periodo de instrucción de 30 días a fin de aportar los documentos acreditativos de lo infundado de los hechos imputados.”*

SÉPTIMO. Al amparo de lo establecido en el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y mediante escrito de fecha 8 de julio de 2002 (Documento 13), el instructor del procedimiento sancionador requirió a TESAU los documentos acreditativos a los que aludía dicha entidad en su escrito de alegaciones de 16 de mayo de 2002, antes referido, sobre sistemas alternativos de deducción de clientes preasignados con otros operadores.

OCTAVO. TESAU atendió el requerimiento expresado mediante escrito de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14), con entrada en el Registro de esta Comisión el día 22 de julio del mismo año.

En este escrito TESAU alegó que el procedimiento utilizado para deducir que los clientes puedan estar preasignados *“tiene como elemento principal el comportamiento del consumo del abonado, fundamentado en un sistema de estimación de líneas presumiblemente preasignadas.”*

Como continuación de su escrito, TESAU describió el denominado Modelo de Estimación de Preasignación del siguiente modo:

(...) CONFIDENCIAL

Como anexos al escrito, TESAU aportó cuatro documentos correspondientes a otros tantos números telefónicos a los que se habría aplicado el modelo,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

explicando a título de ejemplo el razonamiento que permitiría estimar la presunta preasignación de la línea.

NOVENO. Mediante escrito de fecha 29 de julio de 2002 (Documento 15), el instructor del procedimiento requirió a TESAU la relación de números telefónicos asociados a clientes a los que se había remitido la campaña comercial HDH incluyendo la carta con referencia CMHDH.2.02 durante el mes de marzo de 2002, de modo que se concretase la fecha de envío.

DÉCIMO. TESAU atendió el requerimiento de información antes citado mediante un documento de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16), al que adjuntó un anexo CD incluyendo 418.017 números telefónicos, a cuyos titulares afirma haber enviado la campaña comercial HDH incluyendo la carta CMHDH.2.02 durante el mes de marzo de 2002. Asimismo, por cada número telefónico se expresa la fecha concreta en la que sostiene haber enviado la carta comercial, si bien haciendo la salvedad de *“que la fecha que figura en el CD es la fecha de salida del Departamento de Telefónica de España encargado de realizar los mailings y no de la fecha en que finalmente dichos mailings fueron puestos en correos, dato que desconocemos.”*

UNDÉCIMO. Una vez analizada la información remitida por TESAU en su escrito de 9 de agosto de 2002, se estimó necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos requerir a la entidad denunciada la remisión de las respectivas fechas de activación de las solicitudes de preasignación asociadas a los 418.017 números telefónicos contenidos en el CD enviado, a cuyos efectos se remitió a la entidad requerida un escrito de fecha 27 de agosto de 2002 (Documento 17) adjuntando un CD copia del presentado por TESAU junto con su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16).

Mediante escrito de fecha 6 de septiembre de 2002, TESAU solicitó la ampliación del plazo señalado para atender el requerimiento de información. Dicho plazo fue ampliado por acuerdo de la misma fecha.

DUODÉCIMO. En fecha 13 de septiembre de 2002 se recibió en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TESAU de 11 de septiembre del mismo año (Documento 20), mediante el cual se atendió el requerimiento de información de 27 de agosto de 2002. Al citado escrito se adjuntó, como anexo al mismo, un CD conteniendo las fechas de activación de las solicitudes de preasignación correspondientes a los 418.017 números telefónicos a cuyos titulares TESAU manifestó haber enviado la campaña comercial HDH, incluyendo una carta con referencia CMHDH.2.02.

Tal y como consta en el CD remitido por TESAU en fecha 11 de septiembre de 2002, hay 12.946 números telefónicos del total de 418.017 a los que sostiene



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haber enviado la campaña comercial HDH que no tienen reflejada la correspondiente fecha de activación de la preasignación.

DECIMOTERCERO. En atención a la solicitud de la entidad denunciada incorporada a su escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12) interesando la apertura de un periodo de prueba y una vez examinada la documentación remitida por TESAU, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un periodo de prueba en fecha 1 de octubre de 2002, conforme lo dispuesto en los artículos 80 y 137.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y del artículo 17 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

En el acuerdo de apertura se estimó pertinente la práctica de los siguientes medios de prueba documental:

- a) Consistente en que se incluyesen en el ramo de pruebas propuestas por el interesado el escrito remitido por la representación legal de TESAU en fecha 18 de julio de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 22 de julio del mismo año (Documento 14), incluyendo la descripción del llamado Modelo de Estimación de Preasignación y acompañando cuatro documentos de ejemplo de análisis de la facturación de otros tantos números telefónicos.
- b) Consistente en que se incluyesen en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento todos y cada uno de los documentos obrantes en el expediente, citándose de modo expreso y especial un conjunto de ellos, entre los que se encuentra el original de la carta remitida en la campaña HDH, con referencia CMHDH.2.02, rubricada por el Director General de Marketing de TESAU.
- c) Consistente en que se incluyesen en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento los siguientes documentos, obtenidos del análisis de la documentación obrante en el expediente:
 - 1. Documento de prueba C1: listado de 418 números telefónicos cuya fecha de salida de la campaña comercial HDH a sus abonados es inferior en 2 meses a la fecha de activación de su preasignación. El listado se obtuvo del cruce de datos de los CD remitidos por TESAU (Documentos 16 y 20 del expediente).
 - 2. Documento de prueba C2: listado de números telefónicos cuya fecha de salida de la campaña comercial HDH a sus abonados es inferior en 2 meses y 3 días a la fecha de activación de su preasignación. El listado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se obtuvo del cruce de datos de los CD remitidos por TESAU (Documentos 16 y 20 del expediente).

d) Consistente en que la Inspección de Telecomunicaciones adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología realizase la actividad de inspección que a continuación se refiere:

1. Inspección de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación a una muestra significativa de números telefónicos incluidos en la campaña HDH. A estos efectos, el instructor aportó a la Inspección de Telecomunicaciones un listado denominado D1, correspondiente a 31 números telefónicos extraídos del listado de 418.017 números aportado por TESAU en el CD anexo a su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16).
2. Inspección de las claves asignadas a las solicitudes de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas de la preasignación con referencia CRMHDH.2.02 que se remitieron a los abonados formando parte de la campaña comercial HDH. A tales efectos, el instructor suministró a la Inspección de Telecomunicaciones una muestra de cinco abonados con la clave asignada en la solicitud remitida con la campaña, recogida en un listado denominado D2.
3. Inspección del historial de preasignación correspondiente a una muestra significativa de números telefónicos incluidos en la campaña HDH. A estos efectos, el instructor aportó a la Inspección de Telecomunicaciones un listado denominado D3, correspondiente a 16 números telefónicos extraídos del listado de 418.017 números aportado por TESAU en el CD anexo a su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16).

El expresado acuerdo de apertura de un periodo de prueba se notificó a TESAU el día 2 de octubre de 2002, según consta debidamente acreditado en el procedimiento.

DECIMOCUARTO. Mediante escrito de fecha 1 de octubre de 2002, con entrada en el Registro de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el día 2 de octubre del mismo año, el instructor del procedimiento sancionador solicitó la asistencia de la Subdirección General de Inspección y Supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología, adscrita al órgano superior antes citado, con el fin de que se diesen las instrucciones necesarias para que funcionarios de la Inspección de Telecomunicaciones llevasen a cabo las actividades de inspección acordadas en el procedimiento, que fueron las siguientes:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Visita de inspección en las dependencias de la Oficina de Preasignación de TESAU, al objeto de realizar las siguientes actuaciones:
 - A. Requerir de la entidad inspeccionada el historial de preasignaciones e inhabilitaciones de preasignación desde el inicio de la implementación de esta facilidad, en su caso, correspondiente al listado de 16 números telefónicos que se adjuntó con la denominación de Listado D3.
 - B. Comprobar la existencia de alguna clave interna o número de referencia correlativo asignado por la Oficina de Preasignación a los números telefónicos sobre los que se ejecuta una solicitud de preasignación, a cuyos efectos se inspeccionaron los números telefónicos incluidos en el denominado Listado D2.
2. Visita de inspección en las dependencias de la Dirección de Marketing o del Departamento que correspondiera de TESAU, al objeto de realizar las siguientes actuaciones:
 - A. Comprobación de la aplicación del denominado Modelo de Estimación de Preasignación a un listado de números telefónicos. Al respecto se significó que la entidad denunciada había alegado en su escrito de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14) haber deducido los clientes que podrían estar preasignados con otro operador mediante un modelo estimatorio basado en variables (...) CONFIDENCIAL.

A fin de llevar a cabo la comprobación de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación se acompañó un listado de 31 números telefónicos denominado Listado D1.
 - B. Inspección de las claves asignadas a los impresos de solicitudes de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas de la preasignación que se remitieron a los abonados formando parte de la campaña comercial HDH. A estos efectos se acompañó una muestra denominada Listado D2, junto con las copias correspondientes de los citados impresos, de modo que se requiriese al personal de la Oficina de Marketing presente en la visita de inspección el criterio de asignación de esas claves o números de referencia.

En el caso de que la clave asignada al impreso fuese un número correlativo que identificase a los abonados a los que se envió la campaña publicitaria, debería requerirse la clave o número de referencia asignado al último abonado al que se envió la campaña Hogar Dulce Hogar durante el mes de marzo de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- C. Requerir acreditación del número total de abonados a los que efectivamente se envió la campaña comercial Hogar Dulce Hogar durante el mes de marzo de 2002, incluyendo en todo caso la carta denominada CMHDH.2.02, cuya copia se acompañó al escrito.

DECIMOQUINTO. Mediante escrito de fecha 1 de octubre de 2002, el instructor del procedimiento sancionador trasladó al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones una propuesta de ampliación del plazo máximo de resolución, justificada por la especial complejidad del procedimiento, derivada de los actos de instrucción que constan en el expediente. En concreto, se motivó la necesidad de analizar la información remitida por la entidad denunciada con respecto a los 418.017 números telefónicos a cuyos titulares sostiene que se remitió la campaña publicitaria durante el mes de marzo de 2002 y el Modelo de Estimación de Preasignación alegado por TESAU, así como la necesidad de solicitar la intervención de la Inspección de Telecomunicaciones y de acordar la iniciación de un periodo de prueba.

DECIMOSEXTO. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó, en su sesión de fecha 3 de octubre de 2002, ampliar en tres meses el plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador que trae causa.

El citado acuerdo de ampliación fue notificado a TESAU el día 8 de octubre de 2002, según consta acreditado en el expediente administrativo.

DECIMOSÉPTIMO. Mediante escrito de fecha 7 de octubre de 2002, notificado a TESAU el día 11 de octubre del mismo año, el instructor del procedimiento comunicó a la citada entidad la petición del informe de la Inspección de Telecomunicaciones al que se refiere el Hecho decimocuarto de la presente Resolución.

Conforme lo establecido en el artículo 42.5 letra c) de la LRJPAC y en el artículo 17.4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se notificó asimismo a TESAU la suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento a partir del día 2 de octubre de 2002 hasta la recepción del informe en el Registro de esta Comisión.

DECIMOCTAVO. En fecha 26 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el informe elaborado por personal inspector de la Subdirección General de Inspección y Supervisión, conforme lo solicitado por el instructor del procedimiento sancionador, con el contenido que consta en el procedimiento (Documento 29).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMONOVENO. Conforme lo dispuesto por el artículo 42.5 letra c) de la LRJPAC y mediante escrito de fecha 9 de diciembre de 2002, notificado a TESAU el día 11 de diciembre del mismo año, se comunicó a dicha entidad la recepción del informe emitido por la Subdirección General de Inspección y Supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología (en adelante, Informe de Inspección o Informe de la Inspección de Telecomunicaciones, indistintamente), así como la reanudación del plazo máximo legal para resolver el procedimiento sancionador que trae causa.

VIGÉSIMO. Una vez recibido el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones y reanudado el cómputo del plazo máximo legal para resolver el procedimiento sancionador, mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2002 se puso en conocimiento de TESAU el vencimiento del plazo acordado para el periodo de prueba, con el fin de continuar con los trámites establecidos en el Reglamento del Procedimiento Sancionador.

VIGESIMOPRIMERO. Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se llevaron a cabo los demás actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos, en lo que se refiere a la determinación de los ingresos de TESAU, líneas preasignadas y estimación del beneficio obtenido con la campaña, tal y como consta en los Documentos 35 a 38 del expediente.

VIGESIMOSEGUNDO. Con fecha 31 de enero de 2003, 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 aplicables al caso, propuso:

***“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 79.14 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por 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, al haber utilizado en la campaña comercial denominada Hogar Dulce Hogar remitida a 418.017 clientes en el mes de marzo de 2002 la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como al haberse empleado esta información por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.*

***SEGUNDO.** Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL (4.500.000) euros.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicha propuesta de resolución fue notificada a TESAU en fecha 31 de enero de 2003, tal y como consta debidamente acreditado en el expediente, concediéndole un plazo de quince días para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimara pertinentes, conforme lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador. El citado plazo fue ampliado en cinco días a solicitud de la interesada.

VIGESIMOTERCERO. Mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2003, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la representación legal de TESAU presentó escrito de alegaciones (Documento 44) a la propuesta de resolución mencionada anteriormente, con el contenido que consta en el expediente, solicitando el archivo del expediente administrativo sancionador.

VIGESIMOCUARTO. Con fecha 24 de febrero de 2003, el instructor del procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por TESAU (Documento 45), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de los actos de instrucción practicados han quedado probados, a los efectos del presente procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO. Que Telefónica de España, S.A.U. remitió por correo durante el mes de marzo de 2002 una campaña comercial personalizada denominada Hogar Dulce Hogar a 418.017 abonados, incluyendo en el sobre respectivo los siguientes documentos:

- Una carta comercial con referencia CMHDH.2.02 con el logotipo del Grupo Telefónica, firmada por el Director general de Marketing.
- Una solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas de la preasignación con referencia CRMHDH.2.02, rellena parcialmente con los datos personales de apellidos y nombre o denominación social, NIF/CIF/Pasaporte/Otros, dirección, población, provincia y números de teléfono correspondientes al destinatario, incluyendo en el reverso un sobre de respuesta comercial a franquear



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en destino, dirigido a la Oficina de Preasignación, apartado 211 F.D. 28080 Madrid.

- **Un folleto informativo con referencia FMHDH.2.02 formado por 10 hojas, incluyendo bajo el epígrafe general “Soluciones globales para disfrutar de la vida” cuatro apartados denominados Líneas telefónicas, Variedad de productos, Fórmulas de Ahorro y Servicios.**

En la documentación adjunta al escrito remitido en fecha 27 de marzo de 2002 por las entidades Jazz Telecom, S.A., Lince Telecomunicaciones S.A.U. y Retevisión I, S.A.U. (Documento 1) consta un envío comercial original completo de la campaña HDH recibido por un destinatario, incluyendo en el sobre de referencia SMHDH.2.02 remitido a su domicilio los tres documentos antes citados.

El sobre original del envío, el original de la carta comercial, el original de la solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas y el original del folleto publicitario referidos están incluidos en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento, junto con otra documentación.

En cuanto al número de destinatarios de la campaña, la información remitida por TESAU mediante su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16) incluye un CD con el listado de los 418.017 números telefónicos a cuyos titulares ha remitido la campaña comercial HDH incluyendo la carta CMHDH.2.02 durante el mes de marzo de 2002. Asimismo, el apartado 2.2.3, la conclusión 3.2.3 y el anexo V del Informe de Inspección (Documento 29) recogen que el número total de abonados a los que se envió la campaña HDH durante el mes de marzo de 2002 es de 418.017.

SEGUNDO. Que la carta comercial con referencia CMHDH.2.02., enviada formando parte de los documentos de la campaña denominada Hogar Dulce Hogar remitida por Telefónica de España, S.A.U. durante marzo de 2002, comienza con la siguiente frase:

“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.”

En la documentación adjunta al escrito remitido en fecha 27 de marzo de 2002 por las entidades Jazz Telecom, S.A., Lince Telecomunicaciones S.A.U. y Retevisión I, S.A.U. (Documento 1) constan dos cartas comerciales originales con referencia CMHDH.2.02, bajo el logotipo del Grupo Telefónica con firma del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Director General de Marketing, enviadas formando parte de los documentos de la campaña comercial HDH.

El texto íntegro de las cartas comerciales CMHDH.2.02 es el siguiente:

“Estimado cliente:

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. Por este motivo, queremos informarle de que en Telefónica estamos constantemente trabajando para ofrecer a nuestros clientes los mejores servicios y una amplia gama de planes de descuento que les permitan conseguir un importante ahorro en sus llamadas.

Para que pueda comprobar lo fácil que es ahorrar con Telefónica, les adjuntamos un folleto en el que encontrará información sobre una selección de nuestros productos, servicios y sobre nuestros planes de descuento.

Asimismo, le adjuntamos una solicitud de inhabilitación de preasignación. Si desea volver a realizar sus llamadas a través de Telefónica de España, sólo tiene que firmar dicha solicitud y remitírnosla por correos. Usted podrá elegir entre realizar todas sus llamadas con Telefónica o únicamente las llamadas locales.

En el caso de que elija realizar de forma automática con Telefónica únicamente las llamadas locales, le recordamos que siempre podrá realizar otro tipo de llamadas con Telefónica y beneficiarse de todas sus ofertas y planes de descuento marcando el prefijo 1077.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para agradecerle la atención prestada y enviarle un cordial saludo.

Atentamente:

Jesús Figueroa
Director General de Marketing.”

El original de la carta comercial está incluido en el ramo de pruebas practicadas de oficio por el instructor del procedimiento, junto con otra documentación.

TERCERO. Que de las 418.017 cartas comerciales remitidas por Telefónica de España, S.A.U. durante el mes de marzo de 2002 dentro de la campaña Hogar Dulce Hogar, más de 404.211 fueron enviadas a abonados cuyos números estaban efectivamente preasignados en la fecha respectiva del envío y menos de 13.806 fueron enviadas a abonados cuyos números no estaban preasignados en dicha fecha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El análisis conjunto de la documentación remitida por TESAU junto con sus escritos de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) arroja el resultado expresado.

En efecto, el CD anexo al escrito de TESAU de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16) aportó un listado de los 418.017 números telefónicos a cuyos abonados se remitió la campaña comercial HDH, haciendo constar la fecha concreta del envío, si bien con la salvedad de que dicha fecha coincide con la fecha de salida del Departamento de TESAU encargado de realizar la campaña comercial y no de la fecha en que finalmente las cartas respectivas fueron puestas en Correos, por desconocerse dicho dato, según sostiene la entidad denunciada.

Por su parte, el CD anexo al escrito de TESAU de fecha 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) recoge las fechas de activación de las solicitudes de preselección correspondientes a los 418.017 números telefónicos a cuyos abonados se les remitió la campaña comercial HDH. Un primer análisis de las citadas fechas que constan en la documentación remitida por TESAU revela que, según los datos aportados por la propia entidad en el referido CD anexo, de los 418.017 números telefónicos de referencia, 404.207 números se encontrarían preasignados en la fecha de salida de la campaña comercial, 12.946 números corresponderían a abonados no preasignados y 864 números tendrían como fecha de preasignación una posterior a la fecha del envío. En consecuencia, este primer análisis de la información remitida por la propia entidad denunciada supondría que de los 418.017 números telefónicos a cuyos abonados se remitió la campaña HDH durante el mes de marzo de 2002, 404.207 corresponderían a números efectivamente preasignados en la fecha de salida de la campaña comercial y 13.810 corresponderían a números que no fueron preasignados o que se preasignaron con posterioridad a la citada fecha de salida que consta en el CD anexo al escrito de TESAU de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16). Al respecto, se acompañó a la propuesta de resolución (Documento 39) como anexo I el listado de los 864 números cuya preasignación es posterior a la fecha de envío de la campaña, haciéndose constar ambos datos.

Ahora bien, al objeto de comprobar la fiabilidad de los datos remitidos por TESAU con respecto a las fechas respectivas de activación de la preasignación correspondiente a los números telefónicos cuyos abonados fueron destinatarios de la campaña HDH, en el acuerdo de apertura de un periodo de prueba (Documento 21) se incluyó la prueba documental consistente en que la Inspección de Telecomunicaciones adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología llevase a cabo la siguiente actuación:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Inspección del historial de preasignación correspondiente a una muestra significativa de números telefónicos incluidos en la campaña HDH. A estos efectos, el instructor aportará a la Inspección de Telecomunicaciones un listado denominado D3, correspondiente a números telefónicos extraídos del listado de 418.017 números aportado por Telefónica de España, S.A.U. en el CD anexo a su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16 del expediente).”

A tal efecto, el instructor del procedimiento sancionador suministró a la Inspección de Telecomunicaciones el denominado Listado D3 que se reproduce a continuación, compuesto por 16 números telefónicos a cuyos abonados se envió la campaña comercial HDH, elegidos aleatoriamente de entre los 13.810 números que no habrían sido preasignados o que se preasignaron con posterioridad a la fecha de salida del envío, de modo que los once primeros números del listado son números supuestamente no preasignados elegidos entre los 12.946 números que aparecen con esta característica en el CD anexo al escrito de TESAÚ de fecha 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) y los últimos cinco números se habrían preasignado con posterioridad, siendo elegidos entre los 864 números que aparecen con esta característica en el citado CD anexo:

LISTADO D3

Listado para requerir el Historial de Preasignación e Inhabilitaciones de Preasignación, en su caso.

TELÉFONOS
916979338
917724562
918142361
918444296
913003933
934491979
958323891
976285017
914651089
913020210
918835854
918822502
918703514
963780851
918577310



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

916143020

Pues bien, tal y como consta en el apartado 2.1.1 y en el anexo I del Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29), la actuación inspectora reveló que los números telefónicos 916979338, 917724562, 918142361, 918444296, 913003933, 934491979 y 976285017 *“aparecen, una vez solicitado el historial, como que “no existe el teléfono en el sistema”. Esto quiere decir que este número telefónico nunca ha entrado en el sistema de Gestión de la oficina de preasignación, por tanto no se ha preasignado.”*

A continuación, el Informe de Inspección expresa lo siguiente:

“95-832 38 91	Preasignado con Jazz Telecom S.A. el 23/03/00
91-465 10 89	Preasignado con UNI2 Telecomunicaciones SAU el 27/01/00
91-302 02 10	Preasignado con UNI2 Telecomunicaciones SAU el 26/01/00 e inhabilitado el 25/10/02

De estos tres números telefónicos, no se dispone de las hojas con el detalle de preasignación por ser muy antiguas. Es decir, sólo existe en su historial la hoja en la que aparece en su encabezamiento “CONSULTA DETALLADA DE UNA SOLICITUD DE PREASIGNACIÓN”, pero sí que dan información estas hojas, tanto del número telefónico, como el operador beneficiario y la fecha de efectividad de preasignación. (No informa sobre si la preasignación es a larga distancia o global).

El historial de los restantes seis números telefónicos es el siguiente:

91-883 58 54.- Presignado con UNI2 Telecomunicaciones S.A.U. el 29/08/00 a larga distancia. Se amplía la preasignación a metropolitana el 16/11/01.

91-882 25 02.- Preasignado con Jazz Telecom S.A. el 08/07/02 (global)

91-870 35 14.- Preasignado con Jazz Telecom S.A. el 06/08/02 (global)

96-378 08 51.- Preasignada con UNI2 Telecomunicaciones S.A.U. (Global) el 22/03/02. Se inhabilita el 24/05/02.

91-857 73 10.- Se preasigna con AUNA TELECOMUNICACIONES (global) el 03/09/02

91-614 30 20.- Se preasigna con AUNA TELECOMUNICACIONES (global) el 26/03/02. Se inhabilita el 29/05/02.”

Es decir, que de los once números telefónicos seleccionados aleatoriamente de entre los 12.946 números a los que TESAU se refirió en el anexo CD a su escrito de 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) como números



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telefónicos no preasignados, el Informe de Inspección ha revelado que cuatro de tales once números (958323891, 914651089, 913020210 y 918835854) sí que estaban preasignados desde la fecha que consta (23/03/00, 27/01/00, 26/01/00 inhabilitado el 25/10/02 y 29/08/00, respectivamente), contrariamente a lo expresado en la relación incluida en el referido CD anexo. Sin embargo, de los cinco números elegidos aleatoriamente de entre los 864 que habrían sido preasignados con posterioridad a la salida de la campaña, el Informe de Inspección ha revelado que, efectivamente, estos números se preasignaron con posterioridad, no encontrándose preasignados a la fecha del envío.

En conclusión, la cifra de 12.946 números telefónicos que constan como no preasignados en el CD anexo al escrito de TESAU de fecha 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) es necesariamente menor, considerando que de una muestra de once números seleccionada aleatoriamente, el Informe de Inspección ha revelado que cuatro sí estaban preasignados, lo que implica un porcentaje de error superior al 36% en la muestra. Por el contrario, la fiabilidad de la muestra aleatoria de cinco números extraída de entre los 864 números posteriormente preasignados es del 100%.

Por todo ello, teniendo en cuenta que la muestra inspeccionada arroja un error superior al 36% en relación con los 12.946 números telefónicos de continua referencia, se considera probado que de las 418.017 cartas comerciales remitidas por TESAU durante el mes de marzo de 2002 dentro de la campaña Hogar Dulce Hogar, más de 404.211 (404.207 del listado remitido por TESAU más los 4 números detectados por el Informe de Inspección como preasignados de entre los 11 del listado D3 que constaban como no preasignados) fueron enviadas a abonados cuyos números estaban efectivamente preasignados en la fecha respectiva de salida del envío y menos de 13.806 (12.946 números no preasignados más los 864 posteriormente preasignados del listado remitido por TESAU, menos los 4 números detectados por el Informe de Inspección como preasignados) fueron enviadas a abonados cuyos números no estaban preasignados en las fechas respectivas de envío.

CUARTO. Que el porcentaje aproximado de error de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación con respecto a la campaña comercial Hogar Dulce Hogar enviada por Telefónica de España, S.A.U. durante el mes de marzo de 2002 es inferior al 3,303%, considerando como error el envío de la campaña a un cliente cuyo número no estaba preasignado a la fecha de salida de la campaña.

Tal y como ha quedado anteriormente probado, de los 418.017 números telefónicos a cuyos abonados TESAU remitió la campaña HDH durante el mes de marzo de 2002, más de 404.211 corresponden a números preasignados y menos de 13.806 corresponden a números no preasignados en la fecha de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

salida del envío desde el Departamento de TESAU encargado de realizar las campañas comerciales.

Según tiene declarado TESAU en su escrito de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14) con respecto al Modelo de Estimación de Preasignación, (...) CONFIDENCIAL.

Dado que la campaña comercial HDH remitida durante el mes de marzo de 2002 incluyó una carta con referencia CMHDH.2.02 cuya frase inicial es *"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"*, resulta que existe un error en los destinatarios de la campaña con respecto a los abonados cuyo número no estaba realmente preasignado, derivado del error resultante de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación, en cuanto el citado modelo toma una línea como "seguramente" preasignada y, en consecuencia, el número o números correspondientes, en función de (...) CONFIDENCIAL.

Al respecto es preciso destacar que el subepígrafe "Descripción", incluido en el apartado 2.2.1.a "Descripción General del MEP" del Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29), describe el modelo del siguiente modo:

(...) CONFIDENCIAL

Como consecuencia de todo lo anterior, cabe concluir y considerar probado que el porcentaje aproximado de error de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación con respecto a la campaña comercial HDH enviada por TESAU durante el mes de marzo de 2002 es inferior al 3,303%. Ello, habida cuenta que de los 418.017 números telefónicos a cuyos abonados se dirigió la campaña, más de 404.211 corresponden a números preasignados y menos de 13.806 corresponden a números no preasignados en la fecha de salida del envío.

QUINTO. Que el porcentaje aproximado de error del Modelo de Estimación de Preasignación referido al día 1 de septiembre de 2002, expresado en porcentaje de diferencia entre los números telefónicos detectados por el sistema como preasignados en modalidad global y en modalidad de larga distancia y los números telefónicos efectivamente preasignados en ambas modalidades es de 14,018% en la modalidad de larga distancia y de 19,585% en la modalidad de preasignación global.

Tal y como consta en el apartado 2.2.3 y en el anexo V del Informe de Inspección, en fecha 5 de noviembre de 2002 el personal inspector efectuó dos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consultas al sistema del Modelo de Estimación de Preasignación para visualizar los listados del total de números telefónicos detectados como seguramente preasignados en esa hora y día, una vez aplicado el modelo antes descrito, resultando las cantidades de 1.629.790 números telefónicos en la modalidad global y 455.490 números telefónicos en la modalidad de larga distancia.

Para contrastar la estimación de números preasignados según el modelo de TESAU con los efectivamente preasignados en dicha fecha, el instructor del procedimiento solicitó a la Dirección Técnica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Documento 35) los datos correspondientes al número total de números de TESAU preasignados con otros operadores en la modalidad de larga distancia y en la modalidad global, en la fecha más cercana posible al día 1 de septiembre de 2002. Ello, considerando que los datos obtenidos por la Inspección en fecha 5 de noviembre de 2002 se refieren a una estimación sobre los números preasignados a fecha 1 de septiembre de 2002, (...) CONFIDENCIAL.

Mediante oficio de fecha 14 de enero de 2003 (Documento 36), la Dirección Técnica aportó los datos solicitados, de modo que a fecha 30 de agosto de 2002 los números efectivamente preasignados en larga distancia eran 391.641 frente a los 455.490 estimados por el modelo aplicado por TESAU, mientras que los números efectivamente preasignados en la modalidad global eran 1.310.587 frente a 1.629.790 estimados por el modelo aplicado por TESAU.

Resultando irrelevante a efectos del cálculo de error la circunstancia de que los datos estimados se refieran a la fecha 1 de septiembre de 2002 y que los datos de preasignación efectiva procedan del día 30 de agosto de 2002, dado que el porcentaje de error es aproximado, dichos datos se resumen según el siguiente cuadro, obteniendo el porcentaje aproximado de error del Modelo de Estimación de Preasignación referido al día 1 de septiembre de 2002:

CALCULOS 01/09/02	LARGA DISTANCIA	GLOBAL
DATOS ESTIMADOS	455.490	1.629.790
DATOS EFECTIVOS	391.641	1.310.587
ERROR DEL MODELO	14,018%	19,585%

En consecuencia, se considera probado que el porcentaje aproximado de error del Modelo de Estimación de Preasignación referido al día 1 de septiembre de 2002, expresado en porcentaje de diferencia entre los números telefónicos detectados por el sistema como preasignados en modalidad global y en modalidad de larga distancia y los números telefónicos efectivamente preasignados en ambas modalidades es de 14,018% en la modalidad de larga distancia y de 19,585% en la modalidad de preasignación global.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO. Que la calidad del Modelo de Estimación de Preasignación reflejada en el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29) es aproximadamente del 80% de los números seleccionados como preasignados mediante la aplicación de dicho modelo.

El acuerdo de apertura de un periodo de prueba (Documento 21) adoptado en fecha 1 de octubre de 2002, dentro de la instrucción del procedimiento sancionador que trae causa, estimó pertinente que la Inspección de Telecomunicaciones adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología llevase a cabo la siguiente actuación:

“Inspección de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación a una muestra significativa de números telefónicos incluidos en el mailing HDH. A estos efectos, el instructor aportará a la Inspección de Telecomunicaciones un listado denominado D1, correspondiente a números telefónicos extraídos del listado de 418.017 números aportado por Telefónica de España, S.A.U. en el CD anexo a su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16 del expediente).”

A tal efecto, el instructor del procedimiento suministró a la Inspección de Telecomunicaciones un conjunto de 31 números telefónicos elegidos aleatoriamente de entre los 418.017 números a cuyos titulares se remitió la campaña comercial HDH durante el mes de marzo de 2002, mediante el denominado Listado D1 reproducido a continuación:

LISTADO D1

Listado para comprobar la aplicación del Modelo de Estimación de la Preasignación.

TELÉFONOS	
986872422	958323891
987731093	976285017
934745236	914651089
941133601	913020210
983370685	968843902
916979338	969230803
917724562	916064158
918142361	917219535
918444296	918933520
913003933	918835854
965411445	918822502



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

972216770	918703514
988350225	963780851
935402210	918577310
918700492	916143020
934491979	

El procedimiento aleatorio de selección de los números incluidos en el listado reproducido tomó 25 números cuya salida de la campaña se produjo los días 5 y 12 de marzo de 2002, correspondiendo diez a números preasignados, diez a números no preasignados y cinco a números preasignados con posterioridad al envío de la campaña, así como seis números cuya salida de la campaña se produjo el día 27 de marzo de 2002, correspondiendo cinco a números preasignados y uno a un número no preasignado, en concreto el número telefónico 918835854.

A su vez, los once números no preasignados a los que se envió la campaña comercial HDH incluidos en el Listado D1 coinciden con los once primeros números del Listado D3 ya reproducido, al igual que los cinco números cuya preasignación se produjo con posterioridad a la salida de la campaña.

Pues bien, el apartado 2.2.1.b del Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29) describe las pruebas realizadas sobre el Modelo de estimación de Preasignación del siguiente modo:

(...) CONFIDENCIAL

Con respecto al porcentaje de acierto del modelo aplicado por TESAÚ para estimar las líneas que se han preasignado con otros operadores, el epígrafe "Calidad del Modelo" incluido en el apartado 2.2.1.a del Informe de Inspección establece lo siguiente:

"Calidad del Modelo.-

En las acciones de inhabilitación que se llevan a cabo se estima que aproximadamente el 80% de los clientes seleccionados mediante este modelo de estimación, la línea está con la competencia."

En consecuencia, se considera probado que, tras las pruebas realizadas sobre la aplicación MEP por los funcionarios del Ministerio de Ciencia y Tecnología adscritos a la Inspección de Telecomunicaciones, la calidad del Modelo de Estimación de Preasignación reflejada en el Informe de Inspección (Documento 29) es aproximadamente del 80% de los números seleccionados como preasignados mediante la aplicación de dicho modelo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO. Que del estudio conjunto de los datos remitidos en los CD anexos a los escritos de Telefónica de España, S.A.U. de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) resulta que, según dichos datos, la entidad citada dio salida a la campaña comercial Hogar Dulce Hogar en cinco envíos sucesivos durante el mes de marzo de 2002, conforme la siguiente tabla:

FECHA DE SALIDA	CARTAS ENVIADAS	CLIENTES PREASIGNADOS	CLIENTES NO PREASIGNADOS
01/03/02	1.500	1.495	5
04/03/02	500	496	4
05/03/02	338.203	324.409	13.794
12/03/02	33.011	33.005	6
27/03/02	44.803	44.802	1

El análisis de los datos remitidos en los CD anexos a los escritos de TESAU de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) revela que la campaña comercial HDH tuvo salida del Departamento encargado de la citada entidad en cinco envíos según la tabla expresada.

A esta conclusión no obsta la circunstancia de que los datos relativos a clientes no preasignados destinatarios de la campaña comercial no resulte fiable, tal y como ha quedado acreditado en el apartado 2.1.1 y en el anexo I del Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29) y expresado en el Hecho Probado Tercero de la presente Resolución. Ello, por cuanto lo realmente relevante en este punto es que TESAU clasificó la salida de la campaña comercial en cinco envíos sucesivos, resultando las cifras plasmadas en la tabla como hecho probado derivado de los propios datos aportados por dicha entidad.

OCTAVO. Que Telefónica de España, S.A.U. dio salida a la campaña comercial Hogar Dulce Hogar de los números incluidos en dicha campaña cuya preasignación fue activada los días 3 y 4 de enero de 2002 el día 5 de marzo de 2002; de los números incluidos en la campaña cuya preasignación fue activada los días 9 y 10 de enero de 2002 el día 12 de marzo de 2002; y de los números incluidos en la campaña cuya preasignación fue activada el día 25 de enero de 2002 el día 27 de marzo de 2002.

El estudio conjunto de los datos incluidos en los CD anexos a los escritos de TESAU de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2002 (Documento 20) llevado a cabo durante la instrucción del procedimiento revela que la salida de la campaña comercial HDH se organizó de modo que, inmediatamente cumplido el plazo de dos meses al que se refiere el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, se procediera durante el mes de marzo de 2002 al envío de la carta correspondiente al titular del número preasignado, para aquellos números destinatarios de la campaña cuya preasignación fue activada durante el mes de enero de 2002.

En efecto, el documento de prueba C2, incorporado al ramo de prueba del instructor mediante el acuerdo de apertura de un periodo de prueba de fecha 1 de octubre de 2002 (Documento 21), consistente en un listado de 2.035 números telefónicos cuya fecha respectiva de salida de la campaña comercial HDH a sus titulares es inferior en dos meses y tres días a la fecha de activación de su preasignación, constituye el fundamento de la anterior afirmación. Tal y como se puede comprobar en el listado denominado C2, que se acompañó como anexo II a la propuesta de resolución (Documento 39), las cartas correspondientes a los números telefónicos cuya preasignación se activó durante el mes de enero de 2002 salieron del Departamento de TESAU encargado de la campaña comercial en las fechas señaladas en el siguiente cuadro:

FECHA DE ACTIVACIÓN DE LA PREASIGNACIÓN	FECHA DE SALIDA DE LA CARTA COMERCIAL
03/01/02	05/03/02
04/01/02	05/03/02
09/01/02	12/03/02
10/01/02	12/03/02
25/01/02	27/03/02

Resulta, pues, probado que TESAU dio salida a la campaña comercial Hogar Dulce Hogar de los números incluidos en dicha campaña cuya preasignación fue activada los días 3 y 4 de enero de 2002 el día 5 de marzo de 2002; de los números incluidos en la campaña cuya preasignación fue activada los días 9 y 10 de enero de 2002 el día 12 de marzo de 2002; y de los números incluidos en la campaña cuya preasignación fue activada el día 25 de enero de 2002 el día 27 de marzo de 2002.

NOVENO. Que dentro de la campaña comercial Hogar Dulce Hogar remitida durante el mes de marzo de 2002, Telefónica de España, S.A.U. dio salida a 418 cartas sin haber transcurrido dos meses desde las respectivas fechas de activación de la preasignación de los números telefónicos destinatarios.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El estudio conjunto de los datos incluidos en los CD anexos a los escritos de TESAU de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) llevado a cabo durante la instrucción del procedimiento revela que, en 418 casos, el periodo comprendido entre la activación de la preasignación del numero destinatario de la campaña y la salida de la carta respectiva del Departamento de TESAU encargado de la tarea es inferior a dos meses.

Efectivamente, el documento de prueba C1, incorporado al ramo de prueba del instructor mediante el acuerdo de apertura de un periodo de prueba de fecha 1 de octubre de 2002 (Documento 21), consistente en un listado de 418 números telefónicos cuya fecha respectiva de salida de la campaña comercial HDH a sus titulares es inferior en dos meses a la fecha de activación de su preasignación, constituye el fundamento de la anterior afirmación. Tal y como se puede comprobar en el listado denominado C1, que se acompañó como anexo III a la propuesta de resolución (Documento 39), el plazo comprendido entre la fecha de activación de la preasignación del número respectivo y la fecha de salida de la carta comercial correspondiente es inferior a dos meses.

Resulta, pues, probado que dentro de la campaña comercial Hogar Dulce Hogar remitida durante el mes de marzo de 2002, TESAU dio salida a 418 cartas sin haber transcurrido dos meses desde las respectivas fechas de activación de la preasignación de los números telefónicos destinatarios.

DÉCIMO. El Modelo de Estimación de Preasignación (MEP) utilizado por Telefónica de España, S.A.U. (...) CONFIDENCIAL.

El apartado 2.2.1.a del Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29) lleva a cabo una descripción del Modelo de Estimación de Preasignación (MEP) utilizado por TESAU con el fin de determinar las líneas que se han preasignado para poder realizar acciones comerciales sobre ellas, (...) CONFIDENCIAL.

(...) CONFIDENCIAL.

Por todo ello, se considera probado que el Modelo de Estimación de Preasignación utilizado por TESAU (...) CONFIDENCIAL.

UNDÉCIMO. Que Telefónica de España, S.A.U. ha obtenido en el ejercicio de 2001 unos ingresos brutos de explotación anuales de 6.674.195.951,25 euros.

Tal hecho probado resulta de la declaración de los ingresos brutos obtenidos por TESAU en el ejercicio de 2001, última presentada en esta Comisión. La



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

declaración de los ingresos brutos correspondientes a tales actividades fue presentada ante esta Comisión por el representante legal de TESAU mediante escrito de 21 de marzo de 2001 (documento 33), que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión el 27 del mismo mes y año. La cantidad que se toma en cuenta a los efectos del presente procedimiento es el resultado de restar de los ingresos totales declarados (6.845.914.136,34 euros) las provisiones para insolvencias también declaradas por la propia Telefónica (171.718.185,09).

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 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 (en adelante, LGTel) y en el artículo 1 apartado Dos.2. letra I en relación con el apartado Tres de la Ley 12/1997, 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 la 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 ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.14 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 ámbito de sus competencias, sobre salvaguarda de la libre competencia en el mercado.

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento 4), el expediente se inició por el presunto incumplimiento de la Circular 1/2001, de 21 de junio, y, en su caso, de las Circulares 1/2000 y 1/1999, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

La instrucción del procedimiento sancionador ha revelado que la infracción del artículo 79.14 de la LGTel se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento del apartado quinto números cinco y seis de la Circular 1/2001, cuyo tenor original se recoge a continuación:

“5. El operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de dos meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, ni podrá realizar prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado.

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 1.Dos.2 letra f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en la redacción dada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptará las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores 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.

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de TESAU, es necesario analizar si de los hechos que han resultado probados puede inferirse que ha



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existido un incumplimiento del apartado quinto números cinco y seis de la Circular 1/2001 y, por tanto, si constituyen una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.14 de la LGTel, esto es, el incumplimiento de una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, sobre salvaguarda de la libre competencia en el mercado. Ello, tomando en consideración las alegaciones de TESAU al respecto, según se han expresado en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44).

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

Según consta acreditado en los Hechos Probados Primero y Segundo de la presente Resolución, TESAU remitió por correo durante el mes de marzo de 2002 la campaña comercial personalizada HDH a 418.017 abonados, incluyendo una carta con referencia CMHDH.2.02 firmada por el Director General de Marketing de la compañía, la cual comienza con la frase:

“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. Por este motivo, queremos informarle de que en Telefónica estamos constantemente trabajando para ofrecer a nuestros clientes los mejores servicios y una amplia gama de planes de descuento que les permitan conseguir un importante ahorro en sus llamadas.”

Es decir, que del texto transcrito se desprende inequívocamente que el Departamento de Marketing de TESAU, mediante documento firmado por su Director General, afirma tener conocimiento de que la compañía ha procedido a dar curso a una solicitud de preasignación de un número telefónico cuyo titular es el destinatario de la carta.

Por cuanto el Departamento de TESAU encargado de los procesos de preselección es la Oficina de Preasignación y, sin embargo, la carta que sostiene tener conocimiento de la preasignación de un determinado número telefónico mediante la frase *“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.”* procede del Departamento de Marketing, resulta que la acción comercial de publicidad desarrollada por el Departamento de Marketing de TESAU tiene por destinatarios a los clientes preseleccionados con otros operadores de cuyos datos el área encargada de marketing afirma incondicionalmente tener constancia como consecuencia de la propia solicitud de preasignación, que en su día fue dirigida por los operadores beneficiarios a la Oficina de Preasignación de TESAU.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A esta conclusión no obsta ninguna de las alegaciones presentadas por TESAU en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003.

En efecto, TESAU argumenta en la alegación duodécima apartado A que el análisis reflejado en la propuesta de resolución obvia aspectos fundamentales que permitirían eludir el alcance de la expresión plasmada en la carta CMHDH.2.02 de continua referencia. Para ello parte de la afirmación de que esta Comisión *“se debe encargar de dilucidar en qué medida la realidad de las cosas se adecua a la normativa vigente; y no tanto en las manifestaciones formales de los ejecutivos de ventas.”*

Pues bien, sin perjuicio de la contestación a las diferentes cuestiones particulares planteadas al respecto por TESAU que a continuación se recogen, es preciso señalar aquí que la realidad primera y probada de la que se deriva el presente procedimiento sancionador es el contenido de la carta comercial en sus propios términos, de la cual se deriva de forma inicial un posible incumplimiento de la Circular 1/2001, según el razonamiento jurídico plasmado en la propuesta de resolución y que se incorpora en la presente. Desde luego, esta Comisión ha de rechazar que la labor de instrucción no se haya encargado de dilucidar la adecuación invocada, atendiendo a las alegaciones de TESAU vertidas en su escrito de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12), en cuanto sostuvo que *“para poder deducir los clientes que podrían estar preasignados con otro operador, existen otras vías que hacen que no resulte necesario, para mi representada, utilizar la información derivada del proceso de preasignación que de acuerdo con la Circular 1/2001 no pueda ser utilizada.”* Más bien al contrario, la realidad inicial se ha visto corroborada por los actos de instrucción, como consecuencia de su valoración conjunta con los hechos probados que constan en esta Resolución.

Con respecto a las razones particulares que la interesada señala en su escrito de alegaciones sobre el contenido de la carta CMHDH.2.02, en primer lugar aduce que su texto responde a las características del lenguaje comercial. En lo que aquí interesa, esta afirmación no perjudica en absoluto las conclusiones jurídicas reflejadas en la propuesta y aquí reiteradas, por cuanto la adecuación del contenido de la carta comercial a la Ley de Competencia Desleal o a la Ley General de Publicidad, traída a colación por TESAU en base a la Resolución de esta Comisión de fecha 4 de julio de 2002 dictada en el seno del expediente OM 2002/6476, no permite soslayar las consecuencias iniciales de la afirmación incondicional e inequívoca respecto del incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001.

Por supuesto, la afirmación incluida en la carta *“no puede ser entendida por esta CMT como verdad de fe o con un nivel de fehaciencia digno de un fedatario público”*, según alega TESAU, por cuanto ello habría hecho



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

innecesario cualquier acto de instrucción frente a argumento alguno de dicha entidad. Precisamente por tal razón y en atención a las alegaciones de la interesada negando que el Departamento de Marketing hubiese utilizado los datos de la Oficina de Preasignación, se procedió a abrir un periodo de prueba dentro de la instrucción del procedimiento, en aras del principio de presunción de inocencia sentado en el artículo 137 de la LRJPAC, sucediendo que la valoración conjunta de los hechos probados y de los actos de instrucción ha venido a confirmar la realidad inicial, como a continuación se expone. En este sentido, ha de rechazarse la afirmación de TESAU relativa a *“que no procede, en una adecuada valoración de la conducta de mi representada, identificar de modo incuestionable la utilización de un lenguaje claro e inequívoco como la prueba de cargo definitiva para imputarle una infracción de la normativa sectorial.”*

En segundo lugar, TESAU sostiene en sus alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003 que el texto de la carta expresa la utilización y el convencimiento de la fiabilidad del MEP. Sorprende en este punto que la interesada pretenda conciliar la incertidumbre del modelo, expresada en un porcentaje probado y reconocido del 20% de error, con la afirmación tajante e indubitada contenida en la carta comercial. Tal hecho, unido a la inclusión de una solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas en la campaña, entra en abierta contradicción con la pretensión de TESAU de que el verdadero objetivo de la campaña era promocionar sus productos y servicios, y no recuperar clientes preasignados con otros operadores. Baste recordar aquí que TESAU sostuvo en su escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12) que *“... puede realizar prácticas de recuperación de abonados, que lo hace y lo va a seguir haciendo, ya que es su derecho y hasta su obligación, como empresa que en ningún momento ha renunciado a competir.”*

Por último y en lo que se contrae al contenido de la carta CMH.DH.2.02, TESAU sostiene que el texto responde a la situación creada por la incongruencia de la Circular 1/2001. Al respecto baste indicar que los hechos y fundamentos jurídicos en los que se fundamenta esta Resolución en nada se ven perjudicados por el hecho de que la interesada afirme haber interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la citada disposición.

En consecuencia, procede rechazar las alegaciones de TESAU sobre el contenido de la carta comercial y el establecimiento inicial de los hechos probados sobre los que se sustenta la presente Resolución.

Por ello, de la sola existencia de la carta comercial, su origen y contenido, se desprenden inicial y directamente las siguientes actuaciones de TESAU, sin perjuicio de la valoración de los actos de instrucción que posteriormente se expresan y que vienen a confirmarlas:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que la información obtenida por TESAU durante el proceso de preselección ha sido utilizada para fines distintos para el que fue proporcionada.

En efecto, las solicitudes de preasignación dirigidas a la Oficina de Preasignación de TESAU por los operadores beneficiarios han determinado que el Departamento de Marketing dirija una carta comercial a los titulares de los números preasignados. Cumple reiterar en este punto que la carta comercial firmada por el Director de Marketing afirma en primera persona de plural que *“hemos dado curso a una solicitud por parte de otro operador en la que nos solicitaba la preasignación de su número de teléfono”*, de modo que el hecho de tramitar una solicitud de preasignación se ha utilizado como determinante, *“por este motivo”*, del envío de la campaña al titular del número telefónico previamente preasignado, según consta literalmente en la carta de continua referencia.

2. Que la información obtenida por TESAU durante el proceso de preselección ha sido empleada por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

Las solicitudes de preasignación son recibidas y tramitadas por la Oficina de Preasignación de TESAU, (...) CONFIDENCIAL. A partir de dichas solicitudes, tal y como resulta de la expresión *“hemos dado curso a una solicitud por parte de otro Operador en la que nos solicitaba la preasignación de su número de teléfono”*, el Departamento de Marketing remitió una campaña comercial personalizada a 418.017 abonados durante el mes de marzo de 2002. En consecuencia, el texto de la carta implica inicialmente que la información obtenida por la Oficina de Preasignación de TESAU durante el proceso de preselección ha sido utilizada por el Departamento de Marketing en beneficio de los servicios comerciales de la compañía.

Ahora bien, partiendo del establecimiento inicial de las actuaciones de TESAU antes expuestas, derivadas del contenido de la carta comercial CMHDH.2.02 incluida en la campaña HDH según consta en los Hechos Probados Primero y Segundo, ha de considerarse que la entidad denunciada presentó un escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12) en el cual sostiene la existencia de otras vías que hacen innecesario utilizar la información derivada del proceso de preasignación.

Al respecto, TESAU añade en dicho escrito de alegaciones que *“en el momento procedimental oportuno se acreditará cuales son las vías aludidas en este apartado”*, interesando la apertura de un periodo de instrucción de 30 días a fin



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de aportar los documentos acreditativos “*de lo infundado de los hechos imputados.*”

Por ello, en virtud de lo establecido en el artículo 78 de la LRJPAC y en el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, fue necesario llevar a cabo los actos de instrucción que constan en el procedimiento con el fin de examinar los hechos y comprobar si las alegaciones de TESAU venían a desvirtuar la determinación inicial antes señalada de sus actuaciones, según se deriva directamente de la existencia, origen y contenido de la campaña comercial HDH remitida durante el mes de marzo de 2002 a 418.017 abonados, en su condición de Hechos Probados Primero y Segundo de la presente Resolución.

Pues bien, la valoración conjunta de todos y cada uno de los actos de instrucción incorporados al procedimiento, incluyendo la prueba llevada a cabo a solicitud de la entidad denunciada y considerando el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29) que obra en el expediente, llevan a la conclusión de que las sucesivas alegaciones de TESAU no perjudican la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales se dicta la presente Resolución.

Efectivamente, dentro de la tipificación de los hechos probados como incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, interesa al objeto del examen planteado efectuar un análisis de los Hechos Probados recogidos en esta Resolución, partiendo de las alegaciones de TESAU contenidas en su escrito de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12).

En primer lugar, ha resultado acreditado que de las 418.017 cartas comerciales remitidas por TESAU durante el mes de marzo de 2002 dentro de la campaña comercial HDH, más de 404.211 fueron enviadas a abonados cuyos números estaban efectivamente preasignados en la fecha respectiva del envío, tal y como consta en el Hecho Probado Tercero.

Este hecho probado es especialmente relevante en orden a valorar la credibilidad de la aplicación pura y simple de un sistema de estimación de la preasignación de un determinado número telefónico, denominado Modelo de Estimación de la Preasignación (MEP) en la terminología empleada por TESAU, para llevar a cabo la campaña HDH al margen de cualquier información obtenida por el operador de acceso durante el proceso de preselección. Ello, por cuanto la expresada aplicación de un modelo de tales características lleva necesariamente implícito un porcentaje de error en la estimación, entendiendo como aplicación pura y simple del modelo el hecho de que el sistema adjudica la condición de preasignación o inhabilitación en función de (...) CONFIDENCIAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es preciso destacar aquí que el propio escrito de alegaciones de TESAU de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14) describe el Modelo de Estimación de Preasignación de la siguiente forma:

(...) CONFIDENCIAL

Es decir, que la descripción del modelo admite que la campaña se dirige a líneas que se toman como *“seguramente preasignadas”*, incorporando un cierto grado de incertidumbre con respecto a la estimación. En este punto es preciso indicar que, obviamente, el modelo descrito ha de arrojar errores en la valoración (...) CONFIDENCIAL, por cuanto lo realmente importante es el error del modelo objetivamente considerado, con independencia de sus posibles causas.

Pues bien, en coincidencia con dicha descripción, el Informe de Inspección (Documento 29), en su apartado 2.2.1.a, describe el modelo concluyendo que (...) CONFIDENCIAL. Más adelante, el apartado 3.2.1 del citado Informe expone que se comprobó en tiempo real el funcionamiento de la aplicación MEP, de modo que *“de la muestra de 31 números telefónicos (Lista D1), cuatro resultaron de dudosa eficacia del sistema y de dos no se obtuvieron datos, por estar inactivos durante el periodo observado.”*

Al objeto de valorar las consecuencias del mencionado grado de incertidumbre o error derivado de una aplicación pura y simple del Modelo de Estimación de Preasignación sobre los datos de la campaña HDH en el mes de marzo de 2002, una consideración de especial importancia es que el propio contenido de la campaña comercial no refleja en absoluto dicha incertidumbre. Esta contradicción ya se ha puesto de manifiesto en el análisis del texto de la carta comercial y en la contestación a las alegaciones de TESAU a la propuesta de resolución (Documento 44).

En efecto, la frase inicial de la carta comercial CMHDH.2.02 afirma, de modo incondicional e indubitado, que *“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”*. Es decir, que la expresión utilizada no admite error alguno con respecto a los destinatarios de la campaña, tal y como habría de derivarse necesariamente de la aplicación MEP con respecto a un número significativo de aquéllos.

A mayor abundamiento y como ya se ha puesto de manifiesto, el hecho de incluir una solicitud de inhabilitación o exclusión de llamadas metropolitanas con referencia CRMHDH.2.02 rellena parcialmente con datos del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

destinatario, incide de modo significativo en la exclusión de cualquier error en el envío, salvo circunstancias excepcionales.

Existen otras consideraciones relativas a las consecuencias del grado de incertidumbre o error derivado de una aplicación pura y simple del Modelo de Estimación de Preasignación sobre los datos de la campaña HDH en el mes de marzo de 2002 que conducen a idéntica conclusión.

En este sentido, ha quedado acreditado en el Hecho Probado Cuarto que el porcentaje aproximado de error de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación con respecto a la campaña comercial HDH enviada por TESAU durante el mes de marzo de 2002 es inferior al 3,303%. Cumple señalar aquí que las alegaciones de TESAU de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44) respecto del Hecho Probado Cuarto incorporado a esta Resolución pretenden confundir el error del modelo MEP en su aplicación pura y simple (20% aproximadamente) con el error resultante de la aplicación del modelo a la campaña HDH (inferior al 3,303%), resultando que es precisamente esta discrepancia de errores la que revela que no sea asumible por esta Comisión la aplicación pura y simple del modelo en la campaña HDH de marzo de 2002 al margen de la utilización de los datos obtenidos durante el proceso de preasignación. Ello, sin perjuicio de que en esta Resolución se dé más adelante adecuada contestación a la alegación de TESAU.

El Hecho Probado Cuarto ha de valorarse de forma conjunta con los Hechos Probados Quinto y Sexto de la presente Resolución. Así, el Hecho Probado Quinto refleja que el porcentaje aproximado de error del Modelo de Estimación de Preasignación referido al día 1 de septiembre de 2002 es de 14,018% en la modalidad de preasignación de larga distancia y de 19,585% en la modalidad de preasignación global. Ha de tenerse especialmente en cuenta que estos porcentajes derivan directamente de las consultas visualizadas por la Inspección de Telecomunicaciones sobre los números detectados por la aplicación MEP, tal y como consta en el apartado 2.2.3 del Informe de Inspección (Documento 29), de modo que (...) CONFIDENCIAL. Es decir, que los porcentajes de error expresados resultan de una aplicación pura y simple del Modelo de Estimación de Preasignación, según el concepto utilizado en esta Resolución.

A su vez, el Hecho Probado Sexto revela que la calidad del Modelo de Estimación de Preasignación reflejada en el Informe de Inspección (Documento 29) es aproximadamente del 80% de los números seleccionados como preasignados, coincidiendo manifiestamente con el error resultante para la estimación de la preasignación global, establecido en el 19,585% para la fecha concreta que consta, como queda dicho. El porcentaje de error de la aplicación pura y simple del modelo ha sido reconocida, en fin, por la propia interesada,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tal y como consta reiteradamente en su escrito de alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003. Así, por ejemplo, TESAU ha manifestado en la página 7 de su escrito de alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44) que *“el MEP cuando fue aplicado en aquellas fechas tuvo el error que aproximadamente siempre tiene y que es de un 20% (80% de calidad, 20% de error), como declara probado la CMT en un momento posterior.”*

En consecuencia, la valoración conjunta de los Hechos Probados Cuarto, Quinto y Sexto pone de manifiesto que el porcentaje de error de la aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación utilizado en la campaña comercial HDH es muy significativamente inferior al porcentaje de error derivado de la aplicación pura y simple del citado modelo, sin que TESAU haya dado justificación precisa de esta reducción. Ha de resaltarse aquí que TESAU pretende confundir ambos porcentajes como si hubiesen sido calculados sobre el modelo MEP, según resulta de su escrito de alegaciones de 24 de febrero de 2003 (Documento 44), al afirmar que *“se vuelve a insistir en que el error de aplicación del MEP durante el mes de marzo, fecha de lanzamiento de la campaña comercial, fue de un 3,303% (pág. 37). Ya hemos explicado aunque parece preciso recordarlo que el MEP en la fecha de lanzamiento no tuvo un error del 3,303%. Este fue el error real o material de la campaña una vez ejecutada.”* Cumple precisar, pues, que a lo que esta Comisión se refiere cuando utiliza la expresión “aplicación del Modelo de Estimación de Preasignación utilizado en la campaña comercial HDH” es lo que TESAU pretende denominar “error real o material de la campaña una vez ejecutada”.

Al respecto de la reducción drástica del error del modelo MEP en su aplicación a la campaña HDH, es preciso señalar que el escrito de alegaciones de TESAU de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44) sostiene, una vez enmendada su propia confusión sobre ambos porcentajes, que *“para depurar el margen de error se emplearon (...) CONFIDENCIAL”, (...) CONFIDENCIAL.*

En relación con esta cuestión, TESAU concluye afirmando en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (Documento 44) que dicha propuesta omite *“cualquier referencia o análisis sobre esta cuestión y deduce gratuitamente que la diferencia entre la aplicación pura y simple del MEP en aquella fecha y el error final de la campaña se produjo por la utilización de los datos de la Oficina de Preasignación.”*

Pues bien, muy al contrario de lo que pretende la interesada en este punto, no existe presunción, deducción ni conjetura alguna en tal afirmación, pues ha quedado probado y reconocido por la entidad denunciada que los datos del SGO de la Oficina de Preasignación se cargan (...) CONFIDENCIAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, no existe presunción, deducción ni conjetura alguna al afirmar que la carga de datos del SGO (...) CONFIDENCIAL (...) permitió a TESAU reducir discrecionalmente el error de la aplicación pura y simple del modelo MEP, junto a otras actuaciones que se recogen a continuación y que dicho modelo evidentemente tampoco permite efectuar.

Por todo ello, procede rechazar el conjunto de alegaciones de la interesada sobre las justificaciones de la reducción del porcentaje de error del modelo MEP en su aplicación a la campaña comercial HDH.

En segundo lugar, dentro de la tipificación de los hechos probados como incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, corresponde analizar las consecuencias derivadas del Hecho Probado Séptimo, con el fin de proseguir en la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales se adopta la presente Resolución.

Pues bien, tal y como consta en el Hecho Probado Séptimo, resulta que TESAU dio salida a la campaña comercial HDH en cinco envíos sucesivos durante el mes de marzo de 2002, según los datos aportados por la entidad denunciada en los CD anexos a sus escritos de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20).

La siguiente tabla refleja la distribución de la salida de la campaña en los días correspondientes, distinguiendo los destinatarios según que el número telefónico respectivo estuviese o no preasignado en la fecha de salida, tal y como consta en el Hecho Probado Séptimo de la presente propuesta:

FECHA DE SALIDA	CARTAS ENVIADAS	CLIENTES PREASIGNADOS	CLIENTES NO PREASIGNADOS
01/03/02	1.500	1.495	5
04/03/02	500	496	4
05/03/02	338.203	324.409	13.794
12/03/02	33.011	33.005	6
27/03/02	44.803	44.802	1

Un simple análisis de los datos reflejados en la tabla revela que TESAU clasificó la salida de la campaña en función de que el cliente destinatario estuviese o no efectivamente preasignado a la fecha de la citada salida, con independencia de la apreciación del modelo MEP.

Así por ejemplo, resulta que de las 33.011 cartas que salieron el día 12 de marzo de 2002, 33.005 se dirigieron a clientes efectivamente preasignados y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

únicamente 6 a clientes no preasignados, de modo que el error del envío en esa fecha sería de 0,018%, según los datos remitidos por TESAU. Ello, sin considerar que tres de los cuatro números detectados por la Inspección de Telecomunicaciones como efectivamente preasignados de entre los 16 números del Listado D3 corresponden a las salidas de esta fecha, en concreto los números telefónicos 958323891, 914651089 y 913020210, según se ha hecho constar en el Hecho Probado Tercero, de modo que de los supuestos seis números no preasignados cuya salida se produjo el día 12 de marzo de 2002 según los datos remitidos por TESAU, en realidad sólo tres corresponden a números no preasignados.

Más significativos, si cabe, son los datos del día 27 de marzo de 2002, dado que de 44.803 salidas, los datos de TESAU analizados arrojan un solo destinatario no preasignado, el correspondiente al número 918835854, resultando que tal y como consta en el apartado 2.1.1 del Informe de Inspección (Documento 29), en realidad el número 918835854 fue preasignado con UNI2 Telecomunicaciones, S.A.U. el día 29 de agosto de 2000 en larga distancia, ampliándose a global el día 16 de noviembre de 2001. Es decir, que las 44.803 salidas del día 27 de marzo de 2002 se dirigieron en su totalidad a clientes preasignados, con un error del 0%.

Habida cuenta que es inherente al Modelo de Estimación de Preasignación un porcentaje significativo de error, tal y como ha reconocido expresamente TESAU, y que los 77.814 envíos de los días 12 y 27 de marzo de 2002 no tienen prácticamente error ninguno, resulta evidente que TESAU conocía que esos envíos se destinaban a clientes efectiva y no seguramente preasignados.

A esta conclusión no obsta la circunstancia de que el envío del día 5 de marzo de 2002 acumule el 99,884% de las cartas dirigidas a clientes no preasignados. Al contrario, este dato abunda en la clasificación efectuada en función de la preasignación efectiva del número a cuyo titular se envió la campaña, sin necesidad de presunción, deducción o conjetura alguna sobre la razón por la cual TESAU concentró el envío masivo a clientes no preasignados precisamente en el día 5 de marzo de 2002.

Frente al dato objetivo y muy relevante plasmado en el cuadro reproducido, obtenido no se olvide de los datos aportados por la propia denunciada, TESAU ha efectuado una serie de alegaciones. Sin perjuicio de que más adelante se dedique un apartado específico a contestar las alegaciones de la interesada sobre todos y cada uno de los hechos probados, especialmente en lo que se refiere a la fiabilidad de los datos y su aparente contradicción en los Hechos Probados Tercero y Séptimo, interesa destacar aquí que TESAU pretende justificar la acumulación del error en la salida del día 5 de marzo de 2002 en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hecho de que esa salida sea la más voluminosa, alegación de todo punto insostenible a la luz del propio contenido de la tabla.

A continuación, TESAU manifiesta en la página 18 de su escrito de alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44) lo siguiente:

“Frente a ello siempre se nos podría decir que este razonamiento no concuerda con el dato de la última salida de la campaña que fue mayor que las otras, con excepción de la tercera, y sin embargo arroja el resultado de error real más pequeño. Lo cierto es que a estas alturas se nos acaban los argumentos para intentar explicar lo inexplicable pues la propuesta de resolución nos coloca en la obligación de intentar dar explicaciones y argumentaciones matemáticamente exactas cuando no podemos olvidar que estamos hablando de cálculos de probabilidad y estadística que como tal debe ser interpretada y que, como todos sabemos, puede arrojar unos márgenes generales de resultados y comportamientos siempre interpretables de forma general pero nunca concretos y particulares, pues es en este estudio particular donde la ciencia de la probabilidad, se mueve en un margen de incertidumbre, de imposible explicación.”

Ante las anteriores manifestaciones esta Comisión tiene que afirmar que, evidentemente, sí existe una explicación cabal a los resultados de la tabla reproducida sin necesidad de presunción, deducción ni conjetura alguna, esto es, que el Departamento de Marketing de TESAU conocía con certeza qué clientes estaban efectivamente preasignados, resultando que dicha certeza no puede derivarse del modelo MEP cuyo error inherente del 20% ha sido reconocido por la entidad inculpada, sino de los datos del SGO de la Oficina de Preasignación cargados (...) CONFIDENCIAL, carga probada y asimismo reconocida por la propia interesada.

Llegados a este punto, lo que esta Comisión no se va a permitir es sostener presunción, deducción o conjetura alguna respecto de las razones de TESAU para declarar haber concentrado en el día 5 de marzo de 2002 el envío masivo de cartas comerciales a clientes no preasignados, en línea con la postura mantenida en la propuesta de resolución, por más que la interesada manifieste no acertar *“a comprender las consideraciones vertidas en la propuesta de resolución ni tampoco la apreciación sobre la supuesta existencia de alguna razón del error de la salida de 5 de marzo.”* Ello, por cuanto correspondería a TESAU ofrecer las oportunas explicaciones sobre las consecuencias derivadas de la información contenida en la tabla de continua referencia, circunstancia que la propia entidad ha descartado al afirmar el agotamiento de sus argumentos *“para intentar explicar lo inexplicable”*, como queda dicho.

En tercer lugar, procede analizar las consecuencias derivadas del Hecho Probado Octavo, con el fin de proseguir en la determinación, conocimiento y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comprobación de los datos en virtud de los cuales se adopta la presente Resolución.

Tal y como acredita el hecho probado en cuestión, TESAU dio salida a la campaña comercial HDH con respecto a los números telefónicos cuya preasignación fue activada los días 3 y 4 de enero de 2002 el día 5 de marzo de 2002; de los números cuya preasignación fue activada los días 9 y 10 de enero de 2002 el día 12 de marzo de 2002; y de los números cuya preasignación se activó el día 25 de enero de 2002 el día 27 de marzo de 2002. El siguiente cuadro resume las fechas antes citadas:

FECHA DE ACTIVACIÓN DE LA PREASIGNACIÓN	FECHA DE SALIDA DE LA CARTA COMERCIAL
03/01/02	05/03/02
04/01/02	05/03/02
09/01/02	12/03/02
10/01/02	12/03/02
25/01/02	27/03/02

Es decir, que el envío de las 2.035 cartas comerciales dirigidas a clientes cuyos números telefónicos se preasignaron entre los días 3 y 25 de enero de 2002 se clasificaron por TESAU, de modo que inmediatamente cumplido el plazo de dos meses al que se refiere el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, el Departamento de TESAU encargado de realizar la campaña comercial dio salida a dichas cartas. Tal circunstancia se deduce inequívocamente del listado C2, acompañado como anexo II a la propuesta de resolución, que consta incorporado al ramo de prueba del instructor mediante el acuerdo de apertura de un periodo de prueba de fecha 1 de octubre de 2002 (Documento 21).

Habida cuenta que el Modelo de Estimación de Preasignación, tal y como aparece descrito tanto en el escrito de alegaciones de TESAU de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14) como en el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29), no permite en absoluto establecer la fecha exacta de la preasignación, resulta evidente que el Departamento de TESAU encargado del envío de la campaña conocía dicha fecha exacta al margen del MEP con el fin de proceder al citado envío inmediatamente cumplido el plazo de dos meses durante el cual no puede realizar prácticas de recuperación de abonado, conforme lo dispuesto en el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, en su redacción original. Es preciso destacar que esta conclusión no es en modo alguno una presunción, deducción o conjetura de esta Comisión, sino que constituye un hecho objetivo debidamente probado, considerando que los datos del SGO de la Oficina de Preasignación se cargan (...) CONFIDENCIAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la anterior conclusión no obsta la alegación de TESAU presentada con su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44), en el sentido de que no existe pronunciamiento sobre las dos primeras salidas de 1 y 4 de marzo de 2002. Al margen de que este argumento no desvirtúa en absoluto el análisis efectuado, sucede que una tarea de mínima profundización en los resultados de tales envíos viene a confirmar el resultado de dicho análisis, llevado a cabo durante la instrucción. Así por ejemplo, a los abonados de los cuatro números telefónicos que constan en el segundo CD de TESAU con fecha de preasignación el día 27 de diciembre de 2001 se les envió la carta a dos el día 1 de marzo de 2002 y a otros dos el día 5 de marzo de 2002. Por tanto, ha de decaer esta alegación de TESAU, por irrelevante.

Igualmente, procede rechazar la alegación de TESAU con respecto al hecho de que el análisis no se compadece con el error de los 418 usuarios a los que se envió la carta dentro del periodo de dos meses referido en el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, en su redacción original. Tal y como ya se justificó debidamente en la propuesta de resolución, TESAU excluyó de la campaña comercial HDH los números telefónicos estimados como preasignados cuya activación se produjo entre los días 26 de enero y 27 de febrero de 2002, resultando que los citados 418 números telefónicos incluidos en la campaña se preasignaron entre los días 28 de febrero y 26 de marzo de 2002, tal y como consta en el listado C1, adjuntado como anexo III a la citada propuesta. Por tanto, el citado error es consecuencia directa e inmediata de (...) CONFIDENCIAL (...) y de la falta de comprobación de la posible preasignación de los números telefónicos de los destinatarios de la campaña durante el mes de marzo de 2002. En todo caso, la alegación no perjudica el análisis plasmado en el Hecho Probado Octavo de la presente Resolución, procediendo rechazar esta alegación en su conjunto, como queda dicho.

En cuarto y último lugar, en lo que interesa a la tipificación de los hechos probados como incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, es preciso analizar las consecuencias derivadas del Hecho Probado Décimo, con el fin de determinar, conocer y comprobar los datos en virtud de los cuales se formula la misma.

El Hecho Probado Décimo describe con detalle (...) CONFIDENCIAL.

(...) CONFIDENCIAL.

(...) CONFIDENCIAL. Pues bien, la valoración conjunta del resto de hechos probados de esta Resolución pone de manifiesto que la interacción de los sistemas ha condicionado la aplicación pura y simple del Modelo de Estimación de Preasignación en el caso de la aplicación de dicho modelo a la campaña comercial HDH, de modo que se constatan los siguientes hechos objetivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Se excluyen de la estimación los clientes que han negado su consentimiento al tratamiento de sus datos, los clientes nuevos para los que aún no ha transcurrido el plazo para recibir su posible negación del consentimiento al tratamiento de sus datos y los clientes preasignados con fecha de preasignación inferior a dos meses, según consta en el escrito de alegaciones de TESAU de fecha 18 de julio de 2002 (Documento 14) y en el apartado 2.2.1.a del Informe de Inspección (Documento 29).
2. Se reduce de forma drástica y discrecional el error derivado de la aplicación pura y simple del Modelo de Estimación de Preasignación reconocido por TESAU, tal y como resulta de los Hechos Probados Primero a Sexto.
3. Se clasifica la salida de la campaña comercial HDH en función de que el número de teléfono del cliente destinatario estuviese o no efectivamente preasignado a la fecha de la citada salida, tal y como resulta del Hecho Probado Séptimo.
4. Se conocen las fechas exactas de preasignación para remitir la campaña comercial a los clientes cuyos números se han preasignado durante el mes de enero de 2002 inmediatamente cumplido el plazo de dos meses durante el cual TESAU no puede realizar prácticas de recuperación de abonado, conforme lo dispuesto en el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, según resulta del Hecho Probado Octavo.

Desde luego, estos hechos debidamente probados no se ven desvirtuados por las alegaciones de TESAU expresadas en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44).

En efecto, los datos objetivos recogidos en los Hechos Probados Primero a Octavo se concilian con las profusas explicaciones vertidas por la interesada en el citado escrito, por cuanto éstas se limitan a describir (...) CONFIDENCIAL.

Ahora bien, resulta preciso destacar al respecto una serie de contradicciones reflejadas en las alegaciones de TESAU, en lo que aquí interesan.

En primer lugar, se afirma que (...) CONFIDENCIAL.

En segundo lugar, TESAU sostiene en el mismo documento y página que (...) CONFIDENCIAL:

(...) CONFIDENCIAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En tercer lugar, alega TESAU (página 23 de su escrito de alegaciones de 24 de febrero de 2003) que (...) CONFIDENCIAL.

(...) CONFIDENCIAL.

En conclusión, no resulta necesario entrar en la complejidad de los sistemas de TESAU, como la interesada pretende y alega en la página 33 de su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44), para constatar que la aplicación pura y simple del modelo MEP:

- Arroja un error aproximado de un 20% de clientes detectados como seguramente preasignados tal y como reconoce TESAU en su escrito de alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44), muy superior el error discrecionalmente reducido en la utilización del modelo para llevar a cabo la campaña comercial HDH, que es inferior al 3,303% según resulta del Hecho Probado Cuarto.
- No permite clasificar los cinco envíos sucesivos de la campaña en función de que el cliente destinatario esté efectivamente preasignado o no, tal y como se efectuó por el Departamento de Marketing de TESAU según consta acreditado en el Hecho Probado Séptimo, con independencia de las razones de TESAU para sostener haberlo hecho.
- No permite conocer la fecha exacta de preasignación de la línea detectada como seguramente preasignada, lo que impediría a TESAU haber ordenado los envíos de la campaña HDH durante marzo de 2002, inmediatamente transcurrido el plazo de dos meses al que se refería el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, en su redacción original, tal y como consta que se hizo por su Departamento de Marketing en el Hecho Probado Octavo de la presente Resolución.

En consecuencia, las alegaciones de TESAU sobre el funcionamiento de los sistemas, amén de las contradicciones puestas de manifiesto, no desvirtúan los Hechos Probados de la presente Resolución, especialmente en lo que aquí se refiere a que los datos del SGO de la Oficina de Preasignación se cargan (...) CONFIDENCIAL.

Por todo lo expuesto en relación con la tipificación de los hechos probados como incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, se concluye que su valoración conjunta determina que la información obtenida por TESAU durante el proceso de preselección ha sido utilizada para fines distintos para el que fue proporcionada, así como que dicha información ha sido empleada por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales. Ello,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sin que las alegaciones analizadas de la entidad denunciada hayan desvirtuado la determinación de sus actuaciones. En consecuencia, se considera que TESAU ha incumplido el apartado quinto número seis 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 TESAU ha incurrido en 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, 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, al haber utilizado en la campaña comercial Hogar Dulce Hogar remitida a 418.017 clientes en el mes de marzo de 2002 la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como al haberse empleado esta información por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

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

De los actos de instrucción del procedimiento sancionador que trae causa resulta incontrovertible que la finalidad de la campaña comercial HDH era la recuperación de los clientes destinatarios, previamente preasignados con otros operadores, tal y como ya se ha tenido ocasión de reflejar en la presente Resolución y sin perjuicio de las alegaciones al respecto de TESAU en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44). Así se deriva no sólo del contenido de la campaña, cuyos documentos obran incorporados al procedimiento sancionador según se ha expresado, sino también del escrito de alegaciones de TESAU de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12), en cuyas páginas 4 y 5 se recogen las siguientes frases:

“(...). Está claro que una vez transcurrido el plazo de dos meses citado, Telefónica de España puede realizar prácticas de recuperación de abonados, que lo hace y lo va a seguir haciendo, ya que es su derecho y hasta su obligación, como empresa que en ningún momento ha renunciado a competir.

La forma de tratar de recuperar clientes no puede ser otra que ofreciéndoles los servicios, informándoles de la posibilidad de volver con Telefónica de España, animándoles a hacerlo y, por supuesto, no animándoles a seguir con los competidores. Lo contrario sería renunciar a competir y violentar los legítimos derechos de los accionistas.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, tal y como establecía el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001 en las fechas de las actuaciones consideradas en el procedimiento que trae causa, el operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de dos meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección. Cabe precisar, en este punto, que el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001 ha sido modificado por la Circular 2/2002, de 18 de julio, ampliando el plazo durante el cual el operador de acceso no puede llevar a cabo prácticas de recuperación de abonados de dos a cuatro meses.

Tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Noveno, dentro de la campaña comercial HDH remitida durante el mes de marzo de 2002, TESAU dio salida a 418 cartas sin haber transcurrido dos meses desde las respectivas fechas de activación de la preasignación de los números telefónicos cuyos titulares eran sus destinatarios.

En efecto, del estudio conjunto de los datos incluidos en los CD anexos a los escritos de TESAU de fechas 9 de agosto de 2002 (Documento 16) y 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) se ha extraído un listado de 418 números telefónicos en los que concurre el hecho de que el periodo de tiempo comprendido entre la activación de la preasignación del número destinatario y la salida de la carta es inferior a dos meses. Dicho listado, denominado C1 en la instrucción del procedimiento, consta incorporado al ramo de prueba del instructor mediante el acuerdo de apertura de un periodo de prueba de fecha 1 de octubre de 2002 (Documento 21) y se acompañó a la propuesta de resolución como anexo III.

Al respecto cumple señalar que la fecha relevante a los efectos del presente procedimiento es aquella en la que los envíos tuvieron salida del Departamento de TESAU, según consta en el CD anexo al escrito de TESAU de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16), con independencia de la actuación de las otras dos empresas intervinientes en el proceso descrito en el Informe de Inspección (Documento 29).

En relación con la anterior precisión, TESAU ha presentado una alegación en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44), en el sentido de que no cabe aceptar la configuración de la conducta típica considerando la fecha de salida del Departamento de Marketing como fecha clave a tener en cuenta, por cuanto *“esta infracción debe ser tipificada como una infracción de resultado lo que reconduce inexorablemente a no poder considerar la fecha de firma de la carta como fecha de comisión de la infracción y configuradora del tipo”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo referente a esta alegación ha de señalarse, en primer lugar, que la fecha tomada en consideración no fue la fecha de firma de la carta comercial, que no consta en la instrucción del procedimiento, sino la fecha de salida de la campaña del Departamento de Marketing, que es la que aportó TESAU con su escrito de fecha 9 de agosto de 2002 (Documento 16).

En segundo lugar, atendiendo a la valoración de la culpabilidad de TESAU en la comisión de la infracción del plazo de dos meses, resulta estéril entrar aquí en la discrepancia sobre la determinación del momento en el que se ha de entender perfeccionada la práctica de recuperación de clientes, si bien se apunta que el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001 prohíbe al operador de acceso realizar prácticas de recuperación de abonado desde la fecha de activación de la preasignación, no haciéndose referencia alguna a que el cliente haya de tener conocimiento necesariamente de dicha práctica, como pretende TESAU.

En tercer lugar, es irrelevante para las conclusiones extraídas con respecto a los hechos probados de esta Resolución la consideración de TESAU con respecto a que la fecha a tener en cuenta habría de ser la de recepción de las cartas comerciales por los respectivos clientes, como es obvio.

En conclusión, se considera probado que en el desarrollo de la campaña comercial HDH durante el mes de marzo de 2002 se llevaron a cabo prácticas de recuperación de 418 abonados sin que hubiera transcurrido el plazo de dos meses desde la activación de la solicitud de preselección del número telefónico respectivo, al que se refiere el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001 en vigor en el periodo considerado.

Por ello, la valoración conjunta de la campaña comercial HDH como una práctica de recuperación de abonado y del periodo de tiempo inferior a dos meses transcurrido desde la activación de la solicitud de preselección hasta la realización de la práctica con respecto a los titulares de los 418 números telefónicos incluidos en el listado C1 antes citado determina que TESAU ha incumplido el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001.

De conformidad con lo actuado respecto de la tipificación de los hechos probados en relación con el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, cabe concluir que TESAU ha incurrido también en 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, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fijas, al haber realizado, dentro de la campaña comercial Hogar Dulce Hogar llevada a cabo durante el mes de marzo de 2002, prácticas de recuperación de 418 abonados en un plazo inferior a dos meses contados desde la fecha de activación de las solicitudes de preselección respectivas.

TERCERO. Culpabilidad de TESAU en la comisión de las infracciones y ausencia de eximentes de responsabilidad.

A. Culpabilidad de TESAU en la comisión de las infracciones.

Una vez acreditada la existencia de dos infracciones creadas y tipificadas por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9329) reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 de la LRJPAC establece que:

“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 1994 (RJCA 1995\678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.”

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (RJ 1991\477), en su Fundamento de Derecho Cuarto, enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

Partiendo de la citada doctrina jurisprudencial, según la cual, demostrada por la Administración la voluntariedad del sancionado en la realización de la infracción queda satisfecho el principio de culpabilidad y del tenor de los hechos probados y del relato de los antecedentes de hecho, es preciso analizar si se aprecia la existencia de voluntad en TESAU respecto de las actuaciones que se han tipificado como infracciones administrativas.

1. Culpabilidad de TESAU al haber utilizado en la campaña comercial Hogar Dulce Hogar remitida a 418.017 clientes en el mes de marzo de 2002 la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como al haberse empleado esta información por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

Tal y como ha quedado acreditado en los Hechos Probados Primero y Segundo de la presente Resolución, TESAU remitió durante el mes de marzo de 2002 una campaña comercial personalizada a 418.017 clientes, incluyendo una carta firmada por el Director General de Marketing que comienza con la frase *“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.”*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La consideración exclusiva de los anteriores hechos revela, por sí sola, la inequívoca voluntad del Departamento de Marketing de TESAU de emplear la información obtenida por la Oficina de Preasignación de dicha compañía con el fin de llevar a cabo una campaña comercial de recuperación de clientes preasignados con otros operadores, puesto que es la citada Oficina de Preasignación la que da curso a las solicitudes de preasignación de otros operadores a través del denominado Sistema de Gestión de Operadores (SGO), tal y como ha quedado suficientemente acreditado durante la instrucción del procedimiento sancionador.

Las alegaciones de TESAU relativas a la existencia de vías alternativas que no harían necesario utilizar la información derivada del proceso de preasignación han quedado desvirtuadas por las razones expuestas en el análisis de la tipificación de los hechos probados, teniendo en cuenta que la entidad denunciada tuvo un error en el envío de la campaña muy inferior al necesariamente derivado de la aplicación simple de medios alternativos de deducción, tal y como dicha entidad ha reconocido expresamente; que clasificó la salida de la campaña atendiendo a que el cliente estuviese o no efectivamente preasignado (Hecho Probado Séptimo); y que, asimismo, la clasificó en función de las fechas concretas de activación de la preasignación para aquellos destinatarios cuya preasignación de número telefónico se había producido durante el mes de enero de 2002 (Hecho Probado Octavo). Todo ello, considerado a la luz de la descripción (...) CONFIDENCIAL.

La valoración conjunta de las anteriores circunstancias permite concluir que concurre, por tanto, el requisito de culpabilidad en la actuación llevada a cabo por TESAU, al haberse puesto de relieve su voluntad consciente de utilizar en la campaña comercial HDH la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como su voluntad de emplear esta información por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

La anterior conclusión no se ve perjudicada por las alegaciones presentadas por TESAU al respecto en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44). En las mismas la interesada, tras negar la utilización de los datos obtenidos durante la preasignación, sostiene no acertar *“a comprender cómo la propuesta de resolución asume la idoneidad del Método de Estimación de Preasignación y sin embargo se afirma que se ha utilizado información sobre clientes preasignados.”*

En relación con dicha alegación ha de señalarse que la propuesta de resolución en caso alguno asumió la idoneidad del modelo MEP más allá de las limitaciones reconocidas por la propia inculpada, en lo que ya se denominó



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en dicha propuesta como aplicación pura y simple. Por otro lado, la afirmación de que se ha utilizado información sobre clientes preasignados no tiene su origen en la propuesta, sino que es un hecho objetivo y debidamente probado, tal y como consta en la descripción (...) CONFIDENCIAL.

Por todo cuanto antecede, cabe concluir que TESAU es responsable directa de la infracción del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, referida en el fundamento jurídico anterior.

2. Culpabilidad de TESAU al haber realizado, dentro de la campaña comercial Hogar Dulce Hogar llevada a cabo durante el mes de marzo de 2002, prácticas de recuperación de 418 abonados en un plazo inferior a dos meses contados desde la fecha de activación de las solicitudes de preselección respectivas.

Al respecto, es preciso considerar que el Listado C1, que consta incorporado al ramo de prueba del instructor mediante el acuerdo de apertura de un periodo de prueba de fecha 1 de octubre de 2002 (Documento 21), recoge 418 números telefónicos en los que concurre la circunstancia expresada, frente a los 418.017 números a los que se envió la campaña comercial HDH durante el mes de marzo de 2002.

Es decir que, partiendo de los datos globales de la campaña, resulta que TESAU remitió la misma únicamente a un 0,099% de los destinatarios dentro del periodo de dos meses al que se refiere el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, de modo que el 99,901% de los envíos de la campaña se llevó a cabo una vez superado el mencionado plazo.

Para la valoración de la culpabilidad de TESAU en la actuación descrita es preciso traer a colación la siguiente doctrina de los Tribunales, expresada en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 1998 (RJCA 1998\3891), que exige que la conducta que ocasione la infracción del derecho objetivo sea voluntaria, excluyendo que se impongan sanciones por el solo resultado sin tomar en consideración la conducta del infractor:

“Es doctrina legal que para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, al ser ambas manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, es preciso que tal conducta sea culpable, es decir, “atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen la culpabilidad” (STS 10 febrero 1989); “en consecuencia, junto a la antijuricidad y la tipicidad se sitúa el requisito de que la acción o la omisión sean en todo caso imputables a su autor por malicia o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable” (STS 4 julio 1990); “su sanción exige al menos que entre la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conducta activa no maliciosa, pero siempre voluntaria, al infringir el derecho objetivo, y la mutación producida en el mundo exterior, exista un vínculo o relación de causa a efecto *que, al unir ambos indispensables elementos, dé consecuentemente como resultado una imprudencia merecedora de sanción*” (STS 13 julio 1987); o, en términos de la Sentencia Constitucional de 26 abril 1990: *“sigue rigiendo el principio de culpabilidad, principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.*”

Atendiendo a lo datos porcentuales extraídos y a la citada doctrina, a los solos efectos de la presente Resolución ha de concluirse que no se aprecia culpabilidad en la actuación de TESAU con respecto a la infracción del apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, ni tan siquiera en su modalidad in vigilando aún fuese a título de negligencia o simple inobservancia, por cuanto el porcentaje mínimo expresado no revela una voluntariedad consciente en la infracción cometida, que sirva como nexo causal entre la conducta típica y sus resultados.

En consecuencia, cabe concluir que no se considera a TESAU como responsable directa de la infracción del apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, referida en el fundamento jurídico anterior.

B. Inexistencia de causas eximentes de la responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998 (RJCA 1998\3874) que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“... El elemento de la culpabilidad... presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien presupuesto el fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son de aplicación, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas, o bien



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se refieren a la intervención de un tercero o a la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor, lo que no resulta de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar al presente supuesto ninguna causa eximente de responsabilidad.

CUARTO. Contestación a las alegaciones de TESAU recogidas en su escrito de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12).

En relación con las alegaciones presentadas por TESAU en su escrito de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12), cabe significar lo siguiente:

1. Respecto de la necesidad de acumular los expedientes AJ 2002/6526 y OM 2002/6476 por sus supuesta identidad de razón y dada la coincidencia de Administración y administrado.

Como cuestión previa, TESAU planteó en su escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2002 le necesidad de acumular el periodo de información previa iniciado respecto de las supuestas prácticas anticompetitivas realizadas por TESAU en la campaña publicitaria HDH con el presente procedimiento sancionador, por la supuesta identidad de razón y coincidencia de Administración y administrado.

Al respecto es preciso señalar que la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 4 de julio de 2002, dictada en el seno del expediente OM 2002/6476, en virtud de la cual se puso fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia conjunta de las entidades Jazz Telecom S.A., Lince Telecomunicaciones S.A.U. y Retevisión I, S.A.U. de 27 de marzo de 2002, relativa a las supuestas prácticas anticompetitivas realizadas por TESAU en la campaña comercial HDH, ya dio cumplida contestación a la presente alegación, también invocada en dicho periodo de información previa. Por tal razón, se reiteran aquí los fundamentos jurídicos en base a los cuales se rechazó la alegación, por resultar plenamente de aplicación:

“A este respecto, cabe señalar que las cuestiones relativas a un posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de las previsiones contenidas en la Circular 1/2001 en relación con el uso de los datos obtenidos a partir del proceso de preasignación de operador, constituyen el objeto de un expediente sancionador específico abierto por esta Comisión como consecuencia de la denuncia planteada, por lo que el eventual uso ilegítimo de los datos de usuarios preseleccionados con operadores diferentes de TELEFÓNICA no constituye en modo alguno el objeto del presente expediente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, la existencia de una clara diferenciación entre el objeto del procedimiento sancionador anteriormente mencionado —expediente AJ 2002/6526— y el del presente trámite de información previa es la razón que conduce a denegar la petición de TELEFÓNICA de acumular, por identidad de objeto, ambos expedientes en uno solo.

En efecto, el objeto del presente expediente consiste en comprobar si la publicidad que TELEFÓNICA ha dirigido a través de un mailing a usuarios preseleccionados con operadores competidores tiene o no una incidencia en el mercado que resulta significativa, esto es, que tal conducta tiene la suficiente entidad como para perturbarlo o falsearlo, lo que atentaría contra la libre competencia,

Además, cabe señalar que la acumulación de ambos expedientes pretendida por TELEFÓNICA no resulta procedente por otros motivos añadidos. En primer lugar, la acumulación es una figura jurídica por la que, conforme al artículo 73 de la LRJPAC, *el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquier que haya sido su forma de iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión*. Sin embargo, los expedientes de los que el interesado solicita su acumulación no son dos procedimientos, si no un procedimiento sancionador, y un trámite de información previa abierto conforme al artículo 69.2 de la LRJPAC. Por tanto, esta sola argumentación bastaría para declarar improcedente esta petición de TELEFÓNICA.

Por otra parte, y desde una perspectiva de fondo, entre estos dos expedientes no se produce una identidad sustancial o íntima conexión, tal y como anteriormente se ha señalado. En efecto, pese a centrarse ambos expedientes en un análisis de la campaña publicitaria “Hogar dulce hogar”, el objeto de cada uno de ellos difiere del objeto del otro, tal como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores.

Por último, cabe considerar la diferente tipología de ambos expedientes. A través del presente trámite de información previa, se investiga o requiere de información para concluir si existen indicios suficientes para proceder a incoar un procedimiento ordinario con sujeción a la LRJPAC. Por el contrario, el procedimiento sancionador se dirige a la determinación de posibles infracciones cuya comisión lleva aparejada legalmente la imposición de una sanción, rigiéndose tanto por la LRJPAC como por el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, el RD 1398/1993 y los artículos 76.1 y 84.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones. Este procedimiento sancionador tiene, además, una serie de especialidades procedimentales (instructor específicamente designado por el Consejo, separación entre fases de instrucción y resolución, garantías específicas a favor del presunto infractor, trámite específico de traslado de la propuesta de resolución formulada por el Instructor, etc), que impiden su acumulación a un procedimiento administrativo ordinario y, mucho menos, a un periodo de información previa.

En definitiva, ante aspectos conceptuales y procedimentales tan diferentes, puede concluirse que la acumulación solicitada no resulta en modo alguno procedente.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. En relación con los supuestos incumplimientos de la Circular 1/2001.

- a. Sobre el incumplimiento del apartado quinto punto cinco de la citada Circular, TESAU sostiene que las cartas comerciales no se han enviado nunca en el llamado periodo de carencia de dos meses que se ve obligada a respetar.

Al respecto cumple señalar que, tal y como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Noveno de la presente Resolución, TESAU sí remitió 418 cartas durante la campaña comercial HDH dentro del periodo de dos meses al que se refería el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, sin perjuicio del análisis de la culpabilidad que se ha apreciado en dicha actuación. Procede, en consecuencia, desestimar la presente alegación.

- b. Sobre el incumplimiento del apartado quinto punto seis de la Circular 1/2001, TESAU alegó que la deducción de clientes se puede llevar a cabo mediante *“otras vías que hacen que no resulte necesario utilizar la información derivada del proceso de preasignación que de acuerdo con la Circular 1/2001 no puede ser utilizada.”*

Tal y como se ha expuesto en el fundamento relativo a la tipificación de la actuación de TESAU en la campaña comercial HDH, la valoración conjunta de los hechos probados lleva a la determinación de que la información obtenida por TESAU durante el proceso de preselección ha sido utilizada para fines distintos para el que fue proporcionada, así como que dicha información ha sido empleada por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

Es decir, que la utilización de la información derivada del proceso de preasignación (...) CONFIDENCIAL, permitió que la entidad denunciada tuviera un error discrecional en el envío de la campaña muy inferior al derivado de la aplicación simple de medios alternativos de deducción (Hechos Probados Tercero a Sexto), según tiene reconocido TESAU en su escrito de alegaciones de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44); que clasificase su salida atendiendo a que el cliente estuviese o no efectivamente preasignado (Hecho Probado Séptimo); y que, asimismo, la clasificase en función de las fechas concretas de activación de la preasignación para aquellos destinatarios cuya preasignación de número telefónico se había producido durante el mes de enero de 2002 (Hecho Probado Octavo). Todo ello, considerado a la luz de (...) CONFIDENCIAL, según consta en el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(Documento 29) conduce a la desestimación de la alegación de TESAU, como ya queda dicho.

Por todo ello, cabe concluir que las alegaciones presentadas por TESAU mediante escrito de 16 de mayo de 2002 (Documento 12) no desvirtúan los hechos que le han sido imputados en el presente procedimiento sancionador.

QUINTO. Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

a) Circunstancias agravantes.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 82 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, esta Comisión aprecia en el caso presente las siguientes circunstancias agravantes:

a.1. La intencionalidad demostrada en la comisión de la infracción.

En el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución se ha expresado que el principio de culpabilidad vincula la voluntariedad a la realización del acto que la norma prohíbe y, por lo tanto, no exige la voluntad de vulnerar la norma. Ahora bien, esta otra intencionalidad es causa de agravación de la responsabilidad.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981 (RJ 1981\5332) manifiesta lo siguiente:

"... Las sanciones administrativas... corresponden a infracciones de índole ciertamente subjetiva pero limitada a voluntariedad de la acción o vínculo entre ésta y el sujeto agente como presupuesto de constitución a nivel social de la relación de base individual de imputabilidad propia de la personalidad consciente sujeta por el ordenamiento Jurídico a conocer no sólo las típicas disposiciones que con rango de Ley formal autorizan a la Administración a sancionar sino también a aquéllas que en forma de reglamentos administrativos debidamente publicados las desarrolla, mientras que la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de las referidas disposiciones administrativas -no confundible con la causación empírica o material del resultado lesivo para los intereses públicos protegidos por la norma tipificante- es factor, en cualquiera de sus modos doloso o culposo, que actúa sobre la graduación de las sanciones administrativas, o sea, no ya sobre la infracción en cuanto ente jurídico, sino sobre su consecuencia o sanción a imponer por los órganos u organismos de la administración Pública en proporcional medida ..."

La consideración de que esta otra voluntariedad (como intención o voluntad consciente de vulnerar la norma) es causa de agravación, lo avala el art. 131.3 de la LRJPAC:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a. La existencia de intencionalidad o reiteración. (...)"

En el presente caso, además de la voluntad del infractor necesaria para estimar la concurrencia de culpabilidad de acuerdo a una consideración subjetivista, concurre la intención específica de infringir de forma consciente el ordenamiento jurídico. Esta intención se deriva directamente de la consideración conjunta de las alegaciones de TESAU vertidas en sus sucesivos escritos, así como de los hechos probados constatados.

En efecto, la consideración inicial ha de partir del texto de la carta comercial CMH2.02, firmada por el Director General de Marketing y remitida con la campaña HDH, cuya frase inicial sostiene haber dado curso, hace escasas fechas, a una solicitud de preasignación del número telefónico del destinatario. Es decir, que expresa el conocimiento indubitado e incondicional de la preasignación cursada por la Oficina de Preasignación de TESAU.

Pues bien, tal y como TESAU ha manifestado en su escrito de alegaciones de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12), una vez transcurrido el plazo de dos meses previsto en el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, *"Telefónica de España puede realizar prácticas de recuperación de abonados, que lo hace y lo va a seguir haciendo, (...)"*

La valoración conjunta de los hechos probados determina que TESAU ha utilizado la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como que dicha información ha sido empleada por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales. Ello, teniendo en cuenta que la propia entidad denunciada ha manifestado reiteradamente conocer no sólo la prohibición de llevar a cabo prácticas de recuperación de abonados en un plazo entonces de dos meses, sino también la prohibición de utilizar la información obtenida durante el proceso de preselección para fines o por departamentos distintos de los encargados de tramitar tales procesos. Así, por ejemplo, se expresó en el mencionado escrito de alegaciones de TESAU de fecha 16 de mayo de 2002 (Documento 12), al aludir a otras vías que harían innecesario *"utilizar la información derivada del proceso de preasignación que de acuerdo con la Circular 1/2001 no pueda ser utilizada."*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, resulta manifiesta la voluntad de TESAU de cometer la infracción tipificada en el artículo 79.14 de la LGTel plasmada en el incumplimiento del apartado quinto número seis de la Circular 1/2001, ya que utilizó (...) CONFIDENCIAL, según se ha probado, remitiendo una carta comercial a los titulares de los números telefónicos en los términos taxativos que constan, ello siendo consciente de que dichos datos no podían ser utilizados so pena de incurrir en un incumplimiento de la instrucción de continua referencia.

A las anteriores consideraciones no obstan las alegaciones de TESAU expresadas en su escrito de 24 de febrero de 2003 (Documento 44).

En primer lugar, manifiesta TESAU que *“la mera existencia del MEP, asumida por la CMT y acreditada por el Informe de Inspección (Documento 29) ya pone de manifiesto de forma inequívoca que Telefónica de España en ningún momento ha tenido intención específica de infringir la norma de forma consciente.”* Ha de rechazarse este argumento de la interesada considerando que ha quedado acreditada (...) CONFIDENCIAL, hecho que vino a condicionar la aplicación pura y simple del modelo MEP cuyo error ha reconocido expresamente. En consecuencia, esta Comisión considera que no se puede esgrimir la mera existencia de un modelo cuando la realidad objetiva de los hechos probados ha demostrado que los resultados de su aplicación se han modulado a discreción (...) CONFIDENCIAL.

En segundo lugar, TESAU sostiene que *“también se sale de toda interpretación lógica del comportamiento de un presunto infractor que se utilice un mailing a más de 418 mil personas para reconocer públicamente y por escrito una intención inequívoca de vulnerar la normativa.”* Por el contrario, es precisamente la utilización de una afirmación incondicional e indubitada la que demuestra, prima facie, la intención de vulnerar la norma, posteriormente acreditada por los actos de instrucción que obran en el procedimiento.

Por último, TESAU pretende traer a colación la supuesta contradicción existente en los números cinco y seis del apartado quinto de la Circular 1/2001, pues es evidente que, si así fuese realmente, una mínima norma de prudencia aconsejaría abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación enfrentada a dicha contradicción.

Por todo ello, procede desestimar las alegaciones de TESAU sobre la intencionalidad de su actuación. Cabe concluir, pues, que concurre en el presente caso la agravante de intencionalidad a la que se refiere el artículo 131.3 a) de la LRJPAC, por las razones expuestas.

a.2. La naturaleza de los perjuicios causados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 131.3 b) de la LRJPAC establece que, junto a la intencionalidad y la reincidencia, la naturaleza de los perjuicios causados ha de considerarse como criterio en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas.

En el presente caso, los perjuicios causados por la infracción cometida afectan directamente a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Así resulta, de modo manifiesto, de la consideración de la preselección como herramienta esencial para la introducción y mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público, en particular en lo que se refiere a los clientes residenciales.

Como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha tenido ocasión de manifestar en múltiples ocasiones (entre otras, las Resoluciones de 2 de marzo de 2000 en el expediente 1999/1802, en la de 13 de abril de 2000 recaída en el expediente 2000/2248 sobre revisión excepcional de los plazos establecidos para la efectividad de la preasignación y en la de 20 de julio de 2000 que puso fin al expediente sancionador 2000/1848-1946), para este tipo de clientes, hasta la introducción de la preselección, no fue posible acceder a los servicios de los operadores alternativos más que a través de la marcación de códigos de selección de operador, lo que supone un esfuerzo adicional que no se requiere cuando la llamada es cursada en su integridad por el operador dominante. De esta forma, con la preselección se eliminan las diferencias que en cuanto al acceso percibe un usuario en relación con el operador dominante y los operadores entrantes.

La trascendencia que, desde el punto de vista de la competencia, tiene el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de los operadores de telecomunicaciones (operador de acceso dominante y nuevos entrantes) es el principio fundamental que informa la regulación en materia de preselección, junto con la preocupación por garantizar y proteger los derechos de los usuarios. Así las cosas, la instauración de un régimen de preselección no responde pues a un planteamiento de liberalización de los servicios de telecomunicaciones de tipo formalista, sino más bien de promoción activa de la competencia, donde al operador dominante se le imponen determinadas obligaciones para facilitar la entrada de nuevos operadores.

Atendiendo a las circunstancias expresadas, ha de concluirse que la naturaleza del perjuicio causado, plasmada en la lesión de una herramienta esencial para la introducción y mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público, se constituye en una agravante de la infracción cometida.

En relación con esta agravante, TESAU ha alegado en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 que *“la situación analizada no ha perjudicado en absoluto a*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otros operadores puesto que –a pesar de lo que indica esa CMT- no se les ha impedido o restringido su capacidad de ofrecer sus servicios a través del mecanismo de la preasignación.” Esta Comisión no puede compartir tal manifestación, pues no cabe confundir el resultado de la actuación infractora con la naturaleza de los perjuicios causados. Si bien el alcance cuantitativo del perjuicio se estima de escasa importancia en proporción al volumen total de facturación del servicio telefónico fijo, atendiendo a la estimación incorporada al procedimiento durante la fase de instrucción, resulta obvio que el perjuicio existe y que afecta a una herramienta especialmente sensible para la introducción y mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público.

Este argumento cuantitativo se reitera a lo largo de las alegaciones de TESAU, *“desde el momento que la envergadura y entidad del mercado que podría haberse visto afectado por las actuaciones de mi representada estaría muy limitado”,* de modo que no cabría identificar afectación alguna a las condiciones de competencia. Por el mismo razonamiento anterior, se considera que no procede acoger la alegación.

En esa misma línea alega TESAU la existencia de otras herramientas a disposición de los operadores alternativos, la inexistencia de barreras de entrada en el mercado como consecuencia de la campaña HDH, la posibilidad de que 404.211 clientes hubieran podido modificar su comportamiento económico considerada como impacto mínimo sobre el total del mercado nacional de los servicios de voz y, finalmente, la capacidad de réplica o mejora de la oferta de TESAU por el resto de operadores. Todo ello no viene a perjudicar la naturaleza del perjuicio causado, entendida como virtud, calidad o propiedad de las cosas, por más que la interesada argumente razones cuantitativas, posteriormente consideradas de oficio para incorporar la correspondiente atenuante, en atención a la escasa importancia estimada del daño irrogado. En este sentido, procede rechazar la alegación de TESAU relativa a que *“la utilización de los perjuicios causados como agravante mal se compadece con la apreciación como circunstancias atenuantes de la escasa repercusión social y la escasa importancia del daño causado”*.

b) Circunstancias atenuantes.

En atención a lo dispuesto en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 82 de la LGTel, como circunstancias atenuantes modificativas de la responsabilidad de la entidad infractora, esta Comisión entiende que deben ser tenidas en cuenta las siguientes:

b.1 La escasa repercusión social de la infracción cometida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De la instrucción del expediente sancionador no se ha revelado una especial trascendencia en la opinión pública, de modo que la infracción únicamente ha afectado a aquellos operadores beneficiarios de la preasignación cuyos clientes decidieron voluntariamente inhabilitar la marcación automática como consecuencia de la campaña. Por ello y conforme lo dispuesto en el artículo 82 de la LGTel, se estima que las circunstancias concurrentes conducen a valorar la repercusión social de la infracción como una atenuante de la responsabilidad.

b.2 La escasa importancia del daño causado.

Tomando en consideración la facturación total de los servicios telefónicos, los perjuicios económicos causados por la infracción estimados en 2.205.760,52 euros, tal y como consta en el Informe de valoración emitido por la Dirección de Ofertas en el Mercado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Documento 38), se estiman de escasa relevancia. En atención a lo dispuesto en el artículo 82 de la LGTel, ha de entenderse que tal estimación conduce a valorar la importancia del daño causado como una circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad del infractor.

Ello, sin perjuicio de la naturaleza de la infracción como lesión de una herramienta esencial para la introducción y mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado de los servicios de telefonía disponibles al público, según ha quedado expresado.

SEXTO. Sanción aplicable a la infracción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 82.1.A) de la LGTel, las sanciones que pueden ser impuestas por la infracción muy grave que trae causa 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).

El artículo 131.2 de la LRJPAC prevé que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a TESAU por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

La cuantía de la sanción máxima es la que resulta de aplicar el 1 por 100 a los ingresos brutos obtenidos por la citada entidad en el ejercicio de 2001, esto es 66.741.959,51 euros, habida cuenta que es la última declaración de ingresos brutos que consta en esta Comisión. Ello, considerando que ha quedado acreditado que TESAU ha obtenido en 2001 unos ingresos brutos de 6.674.195.951,25 euros (Documento 33 y Hecho Probado Undécimo), y puesto que es la mayor de las tres cantidades a las que se refiere el artículo 82.1.A) de la LGTel, ya que, por un lado la determinación del 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción se estima muy inferior a la anterior cifra sin necesidad de un cálculo detallado, y, por otro, que es mayor a la cantidad fija que se establece de 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros).

La cuantía de la sanción mínima es la que resulta de cuantificar el beneficio que haya podido obtener la entidad infractora por la comisión de la infracción. Teniendo en cuenta que tal beneficio no ha podido ser cuantificado de forma exacta, sino que la instrucción del procedimiento ha determinado una valoración estimativa (Documento 38) del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción de 2.205.760,52 euros, en ningún caso la cuantía de la sanción podría ser inferior a la cantidad estimada, en virtud de la regla sentada en el citado artículo 131.2 de la LRJPAC.

Al respecto se considera preciso indicar que la estimación del beneficio aportada a la instrucción del procedimiento se fundamenta en una valoración ponderada de la diferencia incremental experimentada por la media de solicitudes de inhabilitación durante los meses de enero a julio de 2002, atendiendo a la facturación media por tráfico telefónico reflejada en el Informe Anual de esta Comisión correspondiente al año 2001, sin que TESAU haya manifestado oposición alguna a dicha estimación en sus alegaciones a la propuesta de resolución.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de dos circunstancias agravantes (intencionalidad y naturaleza de los perjuicios causados) y de dos circunstancias atenuantes (escasa repercusión social de la infracción cometida y escasa importancia del daño causado), por lo que la cuantía de la sanción ha de realizarse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 66.1ª del Código Penal. El citado precepto determina que, cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, las penas se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

individualizarán imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia (sobre la aplicación del citado precepto del Código Penal a los procedimientos sancionadores tratan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 -RJ1987/537- y de 26 de julio de 1996 -RJ1996/6401-).

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 82 de la LGTel, a la vista de la declaración de ingresos brutos de TESAU con respecto al ejercicio de 2001, teniendo en cuenta que concurren dos circunstancias agravantes y dos atenuantes y la valoración estimativa del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción cometida, el instructor propuso la imposición de una sanción de cuatro millones quinientos mil (4.500.000) euros.

No obstante, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, teniendo en cuenta el mencionado principio de proporcionalidad expresado en términos de adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción a aplicar, así como la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurren en la infracción cometida, considera que procede imponer una sanción de tres millones quinientos mil (3.500.000) euros.

SÉPTIMO. Contestación a las alegaciones complementarias de TESAU recogidas en su escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44).

Mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2003 (Documento 44), TESAU presentó alegaciones a la propuesta de resolución, en virtud de las cuales se opone a la misma y solicita el archivo del expediente por la inexistencia de conducta sancionable.

Además de las ya contestadas en los fundamentos jurídicos anteriores, TESAU ha presentado las siguientes alegaciones:

1. La contradicción derivada de la existencia del modelo MEP y la utilización de la información obtenida por la Oficina de Preasignación.

Como alegación previa, TESAU aduce la presunta contradicción derivada de la existencia del modelo MEP y la utilización de la información obtenida por la Oficina de Preasignación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con esta alegación se señala, en primer lugar, que no existe contradicción alguna entre ambas afirmaciones. En este sentido y al margen de las razones para ello, es perfectamente congruente conciliar el empleo de un método de estimación con un error probado y reconocido expresamente por TESAU del 20% para detectar líneas seguramente preasignadas con la utilización de los datos cargados (...) CONFIDENCIAL, tal y como ha quedado asimismo probado. Ello, con el triple fin también probado de reducir significativa y discrecionalmente el error asumido en la campaña HDH (Hechos Probados Tercero a Sexto), de clasificar en cinco envíos sucesivos las cartas comerciales en función de que el destinatario estuviese o no efectivamente preasignado (Hecho Probado Séptimo) y de enviar las cartas a los clientes preasignados durante el mes de enero de 2002 inmediatamente cumplido el plazo de dos meses al que se refería el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001, en su redacción original (Hecho Probado Octavo).

En segundo lugar, no se puede acoger la pretensión de TESAU en el sentido de que “ (...) *al final se deduce la utilización de la información obtenida por la Oficina de Preasignación para mejorar los resultados de la aplicación pura y simple del MEP.*” Sin perjuicio de que más adelante se vuelva sobre este argumento recurrente en el escrito de alegaciones de 24 de febrero de 2003 (Documento 44), es obvio que la utilización de datos consta objetivamente en el Hecho Probado Décimo de la presente Resolución y en el Informe de la Inspección de Telecomunicaciones (Documento 29), sin necesidad de deducción alguna, por cuanto (...) CONFIDENCIAL.

En consecuencia, ha de desestimarse la alegación previa de TESAU.

2. Alegaciones respecto de los Hechos Probados recogidos en la propuesta de resolución.

En relación con el Hecho Probado Primero de la propuesta, TESAU asume el contenido de la campaña con la documentación recogida en el expediente y destinada a 418.017 clientes, si bien alega que dichos clientes eran seguramente preasignados, sin poder haber asumido la certeza de que eran clientes efectivamente preasignados.

Al respecto se señala que la alegación carece de relevancia alguna al objeto de esta Resolución, sin perjuicio de que ponga de manifiesto la contradicción existente entre la incertidumbre inherente al modelo MEP reconocida por TESAU y el texto literal de la carta comercial CMHDH.2.02.

En lo referente al Hecho Probado Segundo de la propuesta, TESAU se limita a reconocer como cierto el contenido de la carta comercial en los términos literales que constan, si bien niega las conclusiones correspondientes. Cumple



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

señalar que las alegaciones sobre el contenido de la carta y su alcance ya han quedado contestadas en el fundamento jurídico segundo de la presente Resolución, en respuesta a las contenidas en la alegación duodécima apartado A.

En relación con el Hecho Probado Tercero recogido en la propuesta de resolución, TESAU sostiene la irrelevancia de que determinados clientes no preasignados en la fecha de envío de la campaña fuesen preasignados posteriormente. No puede acogerse esta alegación, por cuanto hay una diferencia fundamental entre ambos casos, dado que en el listado incorporado al CD anexo al escrito de TESAU de fecha 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) los clientes posteriormente preasignados aparecen, obviamente, con una fecha de preasignación. Pues bien, la verificación llevada a cabo por la Inspección de Telecomunicaciones sobre el listado denominado D3 revela un porcentaje de error de un 36% en los clientes no preasignados y un 0% de error en los clientes posteriormente preasignados.

En cualquier caso, esta circunstancia es totalmente irrelevante a los efectos de las conclusiones plasmadas en el Hecho Probado Cuarto, que no es otra que el error en el envío de la campaña HDH durante marzo de 2002 es inferior al resultante del cruce de datos de los CD's aportados por TESAU, es decir, inferior y no igual al 3,303%. Procede, por tanto, rechazar las alegaciones de la interesada al respecto.

Respecto del Hecho Probado Cuarto, TESAU afirma que *“de la propuesta de resolución se extrae la conclusión de que el MEP en la fecha de lanzamiento de la campaña tuvo un error del 3,303% y ello no es exacto por cuanto el MEP cuando fue aplicado en aquellas fechas tuvo el error que aproximadamente tiene y que es de un 20% (80% de calidad, 20% de error), como declara probado la CMT en un momento posterior”*.

En relación con dicha alegación, esta Comisión reitera lo que ya ha quedado suficientemente motivado en esta Resolución, en el sentido de que no cabe confundir el error inherente al modelo MEP en todo momento, cifrado en un 20% tal y como consta probado y aceptado por la inculpada, con el error de la campaña HDH en el mes de marzo de 2002, inferior al 3,303%. En consecuencia, con esta alegación se considera reconocida la discrepancia en los porcentajes de errores, sin que se desvirtúe fundamento alguno.

En lo referente al Hecho Probado Quinto de la propuesta, TESAU alega que no resulta comparable el error del modelo MEP con el error de la campaña HDH. Al respecto, la interesada sostiene que:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Dato esencial a tener en cuenta es que Telefónica de España siempre entiende que con independencia del error real de una campaña de este tipo está utilizando datos que le vienen dados de la aplicación de un método y que la coloca ante un escenario de personas seguramente preasignadas y por ello el 100% de los destinatarios reales de la campaña son personas seguramente preasignadas según el Método lo que no quiere decir que sean el 100% de los seguramente preasignados según el Método. Por ello decíamos que los 418.017 destinatarios de la campaña eran personas seguramente preasignados según el Método pero no eran todos los seguramente preasignados lo mismo que tampoco eran ni representaban un error de 3,303% de no preasignados.”

Sorprende en este punto el razonamiento de TESAU, si se entiende bien, en el sentido de que los destinatarios de la campaña también eran clientes seguramente preasignados, pues ello vendría a confirmar la discrepancia de errores sobre los clientes efectivamente preasignados. En todo caso, TESAU no aporta aquí justificación alguna para la reducción del error, cuya diferencia con respecto al arrojado por el modelo MEP viene a reconocer.

Por ello, procede rechazar las alegaciones sobre el Hecho Probado Quinto de la propuesta de resolución.

Con respecto al Hecho Probado Sexto, TESAU alega que las conclusiones del instructor del procedimiento sólo habrían tenido en cuenta el punto 1 de la descripción del modelo de estimación reflejado en el Informe de Inspección (Documento 29), es decir, (...) CONFIDENCIAL.

Muy al contrario, precisamente lo que ha revelado la instrucción del procedimiento es que (...) CONFIDENCIAL, deriva en un porcentaje de calidad del 80%, tal y como tiene reconocido expresamente la inculpada. Y este hecho es muy relevante, aparte de probado y reconocido por la inculpada, por cuanto lo que no puede pretender TESAU es que (...) CONFIDENCIAL sirva para reducir el porcentaje de error inherente al modelo MEP, como en sus alegaciones plantea.

Con respecto a los cuatro números calificados como dudosos por el Informe de Inspección (Documento 29) y a cuyos titulares se les envió la campaña HDH en marzo de 2002, TESAU viene a alegar que esos números son “*menos seguramente preasignados*” en comparación con los otros 27 números que forman parte de la muestra denominada D1, sin que por ello pierdan la condición de seguramente preasignados. Olvida la interesada que lo realmente relevante aquí es que en la campaña HDH del mes de marzo de 2002 se incluyeron números (...) CONFIDENCIAL, y que ello está en línea con el error del 20% del MEP, por lo que únicamente se trata de un dato confirmatorio de la divergencia de porcentajes de error, dado que el Hecho Probado Sexto se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

limita a transcribir la calidad del modelo estimatorio reflejada en el Informe de Inspección (Documento 29).

Finalmente, TESAU argumenta cómo se manda la campaña partiendo de los datos del MEP. Para ello establece una premisa errónea cuando afirma (página 15 de su escrito de alegaciones) que *“el MEP nos ofrece un panorama o universo de un 80% de clientes seguramente preasignados”*, cuando es evidente que el modelo ofrece un 100% de clientes seguramente preasignados. Prescindiendo de ello, TESAU llega en esta alegación a un hecho clave en la configuración de su actuación, como es la siguiente afirmación:

“Esto es y no otra cosa lo que sucedió en el mes de marzo en el lanzamiento de la campaña de Hogar Dulce Hogar. Tras la aplicación del MEP el universo de potenciales destinatarios resultó minorado aplicando correctores.”

Es decir, que la interesada viene a reconocer que la aplicación pura y simple del modelo MEP no le permitió efectuar la campaña HDH en el mes de marzo de 2002, por lo cual hubo de aplicar *“correctores”*, cuya invocación no se había planteado hasta ahora ni, desde luego, durante toda la prolija instrucción del procedimiento que trae causa.

Pues bien, el único presunto corrector hasta ahora nunca invocado y, desde luego, no recogido en el Informe de Inspección (Documento 29) se conseguiría supuestamente (...) CONFIDENCIAL.

Existen manifiestas contradicciones que determinan la desestimación de la alegación. En primer lugar, la inclusión en la campaña HDH de cuatro números telefónicos denominados dudosos por el Informe de Inspección, entre una muestra aleatoria de sólo 31 números telefónicos del total de 418.017, en los que (...) CONFIDENCIAL. En segundo lugar, la ausencia de referencia alguna a estos correctores no sólo en las anteriores alegaciones de TESAU sino también, y de forma más relevante, en el Informe de Inspección (Documento 29). En último lugar, considerando que (...) CONFIDENCIAL.

En consecuencia, se desestima la alegación de TESAU, si bien se destaca aquí que la inculpada ha venido a reconocer la necesidad de utilizar algún tipo de lo que ha llamado *“corrector”* del modelo de estimación, aunque no ha justificado en absoluto ni su existencia ni su aplicación.

En relación con el Hecho Probado Séptimo de la propuesta de resolución, TESAU alega que existe una contradicción con el Hecho Probado Tercero, en el sentido de que en éste se cuestionaba la fiabilidad de los datos aportados por TESAU, mientras que en aquél los datos se dan por válidos. Así, la interesada sostiene que *“o bien los datos son fiables o bien no lo son pero lo*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que no pueden ser es fiables en una ocasión y en otras no". Esta Comisión estima que la circunstancia alegada es absolutamente irrelevante, dado que el hecho de que un porcentaje significativo de los 12.946 números telefónicos que TESAU comunicó como no preasignados en su escrito de fecha 11 de septiembre de 2002 (Documento 20) estén realmente preasignados, abunda precisamente en el contenido de la tabla plasmada en el Hecho Probado Séptimo de esta Resolución.

En efecto, la tabla recogida en el Hecho Probado Séptimo deriva directamente de los datos aportados por TESAU y es muy suficientemente significativa sin necesidad alguna de incorporar las correcciones derivadas de las comprobaciones llevadas a cabo por la Inspección de Telecomunicaciones sobre el listado denominado D3, tal y como se ha expresado en el propio Hecho Probado y en el fundamento jurídico segundo de la presente Resolución.

En cuanto al fondo del Hecho Probado Séptimo, sólo cabe reiterar por su relevancia que TESAU haya alegado que *"lo cierto es que a estas alturas se nos acaban los argumentos para intentar explicar lo inexplicable"*. Procede, por todo ello, rechazar las alegaciones de TESAU al respecto.

En relación con el Hecho Probado Octavo, ya se ha dado cumplida respuesta a las alegaciones de TESAU sobre el mismo, especialmente en lo que se refiere al pretendido silencio sobre las dos primeras salidas de fechas 1 y 4 de marzo de 2002. En cualquier caso, ha de reiterarse aquí que en caso alguno la aplicación pura y simple del modelo MEP permite determinar la fecha exacta de preasignación de una determinada línea, sin que TESAU haya alegado nada al respecto.

Con respecto al Hecho Probado Noveno, TESAU alega las razones para el error que habría determinado el envío de 418 cartas comerciales dentro del plazo de dos meses establecido en el apartado quinto número cinco de la Circular 1/2001. Esta Comisión estima irrelevantes las alegaciones, considerando que no se ha estimado culpabilidad en la actuación de TESAU en este particular.

En cuanto al argumento de que la comisión del error habría venido a confirmar la no utilización de los datos de la Oficina de Preasignación, ha de reiterarse que (...) CONFIDENCIAL, tal y como consta debidamente acreditado. No puede acogerse, por tanto, esta alegación.

Finalmente, las alegaciones sobre el Hecho Probado Décimo ya han sido debidamente contestadas en los anteriores fundamentos jurídicos, tanto en lo que se refiere (...) CONFIDENCIAL.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3. Alegaciones de TESAU sobre la prueba de los hechos.

Ni las alegaciones de TESAU sobre la idoneidad del modelo MEP ni sobre las supuestas presunciones y deducciones pueden ser acogidas por esta Comisión, al no desvirtuar los hechos y fundamentos de la presente Resolución.

En primer lugar, ha quedado suficientemente acreditado que la calidad del modelo MEP probado y reconocido por la entidad inculpada no se concilia con el error de la campaña HDH durante el mes de marzo de 2002, sin que TESAU haya vertido argumento alguno que justifique la discrepancia en los porcentajes de error.

En segundo lugar, han de rechazarse los razonamientos de TESAU relativos a la prueba de presunciones y deducciones sobre la que, supuestamente, se basaría la propuesta y, por consiguiente, la presente Resolución. Como ya ha quedado suficientemente motivado a lo largo de los fundamentos jurídicos de este acuerdo, no existe presunción, deducción ni conjetura alguna en todo el razonamiento que conduce a la tipificación y culpabilidad de TESAU. En especial por lo que se refiere al uso de información de la Oficina de Preasignación, ha quedado probado que (...) CONFIDENCIAL.

Por ello, esta Comisión desestima las alegaciones de la interesada referidas a la prueba de los hechos.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, 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 Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.14 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por 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, al haber utilizado en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la campaña comercial denominada Hogar Dulce Hogar remitida a 418.017 clientes en el mes de marzo de 2002 la información obtenida durante el proceso de preselección para fines distintos para el que fue proporcionada, así como al haberse empleado esta información por un departamento distinto de los directamente involucrados en el citado proceso, empleándose en beneficio de sus servicios comerciales.

SEGUNDO. Imponer a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL (3.500.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0182 2370 42 0011505747 abierta al efecto en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 20.2, apartados a y b, del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, dependiendo del día en que se reciba la notificación de presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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.

Vº Bº EL PRESIDENTE

Carlos Bustelo García del Real

EL SECRETARIO

Jaime Velázquez Vioque