



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. 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 la Sesión nº 24/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de junio de 2003, se ha adoptado el siguiente:

ACUERDO:

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA A LA APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONTRA LA ENTIDAD “TELFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U” POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS CIRCULARES DICTADAS POR LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN MATERIA DE PRESELECCIÓN, Y SE ACUERDA NO INICIAR EL MISMO (AJ2003/624)

HECHOS:

PRIMERO.- Del escrito que dio lugar al inicio del período de información previa

Con fecha 7 de abril de 2003 UNI2 TELECOMUNICACIONES, SAU (en adelante UNI2) presentó escrito ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el que pone de manifiesto que Telefónica de España SAU (en adelante TESAU) está enviando cartas a clientes preasignados con UNI2 en las cuales, según UNI2, se proporciona al cliente información falsa sobre el servicio de preselección con la finalidad de denigrar el servicio que prestan sus competidores. Se aportan dos cartas de similar contenido fechadas en marzo de 2002 y en marzo de 2003.

Concretamente UNI2 se queja de que TESAU declara que como consecuencia de la preasignación *"Las llamadas dejan de ser cursadas a través de la red de Telefónica, por lo que no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del mismo modo que hemos hecho hasta ahora" y que adjunta a las cartas una solicitud de inhabilitación.

UNI2 sostiene que el envío de estas cartas constituye una práctica de recuperación denigratoria prohibida por las Circulares de esa Comisión sobre el servicio de preasignación y, en particular, por la Circular actualmente vigente y que estas prácticas de recuperación ilegales y que persisten en el tiempo, están impidiendo el desarrollo significativo del parque de clientes preseleccionados en España.

Por todo lo anterior, insta a la Comisión a la apertura de un expediente sancionador a TESAU por cada una de las prácticas de recuperación ilegales denunciadas.

SEGUNDO.- Apertura del período de información previa

Mediante escrito de 11 de abril de 2003 se comunicó a TESAU y a UNI2 la apertura de un periodo de información previa con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador.

TERCERO.- Alegaciones de TESAU

El 9 de mayo de 2003 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión alegaciones de TESAU en las que insta a la Comisión al archivo de la denuncia presentada por inexistencia de infracción de las Circulares de preasignación imputable a telefónica y ello en base a las siguientes alegaciones:

Primera.- Ausencia de falsedad en las afirmaciones contenidas en las comunicaciones remitidas por TESAU

Al no cursarse las llamadas por la red de tránsito de TESAU, esta no puede responsabilizarse del mismo modo de la calidad del servicio ya que no puede asumir la responsabilidad de las averías que se produzcan en la red de tránsito. Por el mismo motivo, TESAU no puede responsabilizarse tampoco del trato o atención personal que el cliente reciba del operador alternativo, ni de la correcta facturación que éste haga de las llamadas cursadas por el cliente (que no se incluyen en la facturación que TESAU realiza de las cuotas de abono devengadas por los usuarios preasignados), aspectos todos estos comprendidos también en el concepto calidad de servicio que no se limita a calidad de funcionamiento de la red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segunda.- Ausencia, en las afirmaciones realizadas en las cartas por TESAU de los requisitos exigidos por la legislación vigente en la apreciación de la existencia de un acto de denigración

TESAU alega que cuando mantiene que no podrá responsabilizarse de la calidad del servicio del mismo modo que antes no incurre en falsedad alguna y que dicha afirmación no conlleva ni explícita ni implícitamente una referencia a la forma en que el operador alternativo va a cumplir con su propia responsabilidad.

Además, el periodo de espera de 2 a 4 meses que establecen las Circulares para que TESAU pueda intentar recuperar el cliente garantiza que los destinatarios de la comunicación se encuentran en condición de juzgar por ellos mismos la calidad con que el operador alternativo presta el servicio.

La conducta de TESAU no puede, pues, calificarse de desleal puesto que no reúne los requisitos constitutivos del ilícito anticoncurrencial que son el menoscabo del crédito, la falsedad de las afirmaciones y la impertinencia de las mismas conforme al artículo 9 de la Ley 10/1991 de Competencia Desleal.

Así, en primer lugar, las afirmaciones contenidas en la carta no son falsas como antes se ha puesto de manifiesto

En cuanto al menoscabo del crédito, lo que el legislador trata de impedir es la lesión de la reputación de un tercero, esto es, el desmerecimiento en la opinión de terceros, no la lesión a la autoestima. En este caso este desmerecimiento no se produce puesto que la carta se refiere a los servicios prestados por TESAU y no al modo en que el tercero presta el servicio. Además, las comunicaciones se dirigen a abonados que ya están preasignados y, por tanto, conocen suficientemente la forma en que el operador presta sus servicios.

Por último, las afirmaciones son pertinentes, dado que por pertinencia ha de entenderse la necesidad de que, en consideración a la naturaleza y características de las actividades, establecimientos o prestaciones promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios, las afirmaciones sean adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias por los consumidores y la adopción de decisiones conforme al principio de preferencia por méritos.

En este sentido, TESAU pone de manifiesto que los destinatarios son ya conocedores de la forma en que los dos operadores de telefonía prestan sus servicios y se encuentran en condiciones de ejercitar su derecho de elección. En este contexto es lícito que un operador del mercado destaque una cualidad propia, la calidad en la prestación de los servicios, máxime cuando este



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operador tiene restringida un arma competitiva de vital importancia como es, en el caso que nos ocupa, el precio en que puede ofertarle sus servicios al cliente o el momento en que puede dirigirle sus comunicaciones comerciales.

Por todo lo anterior, TESAU estima que ha cumplido con la normativa vigente en materia de preasignación y en particular con las Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 1/2001 de 21 de junio y 2/2002, de 18 de julio y solicita el archivo de la denuncia presentada.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

Al versar la denuncia sobre el contenido de unas cartas fechadas en marzo de 2002 y en marzo de 2003, las Circulares objeto de consideración en el presente expediente por ser las vigentes en materia de preselección en aquel momento temporal y cuyo incumplimiento se denuncia, son la *Circular 1/2001, de 21 de junio, 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 (BOE de 27 de julio de 2001)* respecto de la primera carta y la *Circular 2/2002 de 18 de julio de la Comisión del Mercado de las*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones por la que se revisa la Circular 1/2001, sobre implantación de la preselección por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (BOE de 31 de julio de 2002), respecto de la segunda.

La primera, la Circular 1/2001 de 21 de junio, dispone en el apartado 5 de su dispositivo quinto que 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 preselección, ni podrá realizar prácticas denigratorias de los servicios provistos por dicho operador.

Por su parte, la Circular 2/2002 de 18 de julio, revisa el apartado anterior ampliando a 4 meses el plazo para intentar la recuperación del abonado preasignado con otro operador y en su virtud *"El operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, ni podrá realizar en ningún momento prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado. La prohibición de prácticas de recuperación se aplica únicamente tras la habilitación de preselección de un abonado con un operador beneficiario, no afectando al plazo anteriormente señalado las posteriores actuaciones de inclusión o exclusión de llamadas sobre dicha preselección"*. Esta modificación entró en vigor el 31 de agosto de 2002, al mes de la publicación de la Circular 2/2002 en el BOE.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 76.1 y 84.1.a) de la LGTel y el artículo 1, de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por incumplimiento de las instrucciones dictadas para la salvaguarda de 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 incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO. - Consideraciones generales sobre el período de información previa a un expediente sancionador

El artículo 69.2 de la LRJPAC dispone que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece que *“con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.”*

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los efectos negativos que la simple apertura de un procedimiento sancionador puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar que la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente, provoque alarma social y consecuencias de difícil reparación para los afectados.

En concreto, el acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador presenta unas implicaciones adicionales a las señaladas por cuanto contiene ya una precalificación de los hechos y de las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento sancionador, son de carácter facultativo y ni constituyen ni forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

Por otro lado que, sobre la base de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, los principios rectores del Derecho penal y procesal derivados de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española resultan aplicables, aunque con ciertos matices, a la potestad sancionadora de la Administración y al Procedimiento administrativo sancionador.

En coherencia con lo anterior, y partiendo de la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Será por tanto necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que exigiría su valoración en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse, sopesando su valor a la luz del principio de presunción de inocencia que, sin lugar a dudas, ha de ser tenido en consideración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para constituirse en fundamento de la apertura de un procedimiento sancionador, los indicios deben, al menos, aparecer como un germen de prueba que permita, razonablemente, en un futuro procedimiento sancionador, desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido, véase la *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1999*.

En el supuesto que nos ocupa, y sobre la base de las consideraciones que hasta ahora se han recogido, esta Comisión inició un período de diligencias previas para la verificación preliminar de los hechos alegados.

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

La primera carta presentada por Uni2 está fechada en marzo de 2002 y está dirigida a una dirección de Barcelona.

Su tenor literal es el siguiente:

" Estimado Sr.

En nuestro afán de dar el mejor servicio a nuestros clientes, estamos analizando los casos en los que parece que no hemos sabido satisfacer sus necesidades.

Entre estos casos puede encontrarse usted, quien, según nuestras estimaciones internas parece haber optado por utilizar el "servicio de marcación directa o marcación sin prefijo" denominado "preasignación", de un operador de telecomunicaciones distinto de Telefónica.

Tener que respetar el plazo legal establecido nos ha impedido comunicarnos con usted para explicarle las implicaciones que dicha opción le puede suponer, si realmente se ha preasignado con otro operador, y que creemos debe conocer.

Como supongo que ya habrá sido informado, la preasignación implica, entre otras cosas, que sus llamadas dejan de ser cursadas a través de la red de Telefónica, por lo que no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que hemos hecho hasta ahora.

En cualquier caso, debo trasladarle el interés de nuestra empresa por ofrecerle la mayor información posible en relación al significado real de la preasignación para lo cual, si nos lo permite, trataremos de contactar con usted, personal o telefónicamente, a la mayor brevedad posible.

Hasta dicho momento, si necesita cualquier aclaración sobre la "marcación directa o marcación sin prefijo" (preasignación), no dude en llamar al número 900



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

555 022, servicio de atención empresas o acceder a la dirección de correo electrónico empresasonline@telefonica.es

No obstante, si usted se preasignó con otro operador y ya ha comprobado que Telefónica es el proveedor más adecuado para facilitarle sus servicios de telecomunicaciones, sólo tiene que enviarnos debidamente cumplimentado el boletín adjunto.

Esperando contar de nuevo con su confianza, reciba un cordial saludo."

La carta está firmada por un, así denominado, "Asesor de Telecomunicaciones". Uni 2 no ha aportado el boletín adjunto a que se refiere la carta.

La segunda carta que presenta Uni2 está fechada en marzo de 2003 y dirigida a una dirección de Málaga, con idéntica rúbrica que la anterior, pero se dice emitida por otro asesor de telecomunicaciones.

Su tenor literal es mismo excepto el último párrafo en el que se dice que:

"Así mismo le recordamos que si usted fuese un cliente preasignado, anteponiendo el prefijo 1077 al efectuar sus llamadas podría beneficiarse de los Bonos y del resto de Planes Descuento de Telefónica de España. Del mismo modo si Usted fuese un cliente preasignado y deseara volver a realizar sus llamadas a través de Telefónica de España, sólo tendría que rellenar la solicitud de inhabilitación que le adjuntamos."

A esta carta se adjunta una solicitud de inhabilitación y/o exclusión de llamadas metropolitanas.

Esta Comisión ya se ha manifestado sobre cartas de contenido similar en las Resoluciones de 8 de mayo de 2002 y de 15 de marzo de 2001, en las que se declaraba que el envío generalizado de cartas invitando a inhabilitar la preasignación puede ser un indicador del uso indebido de los datos de preasignación, es decir, de la comunicación de los mismos al Departamento comercial de TESAÚ, lo cual está prohibido por las Circulares y ha sido recientemente sancionado por la Comisión en su Resolución AJ2002/6526; de 6 de marzo de 2003. Sin embargo, la documentación que obra en el presente expediente, consistente en dos cartas emitidas en el espacio temporal de un año, no permite deducir que se haya producido un envío generalizado de comunicaciones comerciales que evidencie un posible cruce de datos y que justifique la apertura de un procedimiento sancionador contra TESAÚ por este motivo y sobre la base de estas dos cartas, como tampoco hay indicios de que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no se haya respetado el plazo de espera prescrito por las Circulares previo al intento de recuperación del cliente.

Como consecuencia de lo anterior, la presente investigación se ha centrado en determinar si puede considerarse prohibida por las Circulares aplicables, 1/2001 y 2/2002, la práctica de dirigir una carta con el contenido antes transcrito a un cliente preseleccionado con otro operador, transcurrido el plazo prescrito, que es precisamente el objeto de la denuncia de UNI2.

Del contenido de las cartas remitidas la afirmación que suscita mayor controversia es la siguiente:

"Como supongo que habrá sido informado, la preasignación implica entre otras cosas que sus llamadas dejan de ser cursadas a través de la red de Telefónica, por lo que no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que lo hemos hecho hasta ahora."

Las Circulares de la Comisión que se han descrito en el Fundamento de Derecho Primero, prohíben realizar prácticas denigratorias de los servicios provistos por el operador preseleccionado. Interesa analizar, por tanto, qué se entiende por denigración en el presente contexto.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia denigrar significa deslustrar, ofender la opinión o fama de una persona. En una segunda acepción se identifica con injuriar, esto es agraviar o ultrajar que coincide, a su vez, con menospreciar.

En el tráfico mercantil, las prácticas de un operador dirigidas a denigrar los servicios de un competidor están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico tanto por la Ley General de Publicidad como por la Ley de Competencia Desleal.

Las cartas dirigidas por TESAU a los clientes preseleccionados con otro operador se enmarcan en el concepto de publicidad del artículo 2 de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad* que comprende "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

En el artículo 3, entre las formas de publicidad ilícita se enumera la publicidad desleal. El artículo 6, modificado recientemente por Ley 39/2002 de 28 de octubre, detalla las distintas formas de publicidad desleal, las cuales pueden



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consistir en denigrar los productos de un tercero, inducir a confusión al consumidor o comparar indebidamente.

Concretamente se entiende por publicidad desleal, en su sentido denigratorio *"la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades."*

Pero para que la publicidad denigratoria pueda considerarse también un acto de competencia desleal prohibida por las Circulares dictadas por esta Comisión en materia de preselección debe reunir, además, los requisitos que la legislación sobre competencia desleal exige.

La Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal en su artículo 9 bajo la calificación de "actos de denigración" considera desleal "la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes."

La Audiencia provincial de Barcelona (sección 15) en su auto de 17 febrero 2001 comenta la razón de la prohibición de los actos de denigración del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal en los siguientes términos: *"configurándose tradicionalmente los mismos como un acto de obstaculización de un competidor, al que se está privando de las ventajas competitivas de que dispone (representadas en este caso por su propio prestigio y reputación) y de deslealtad frente al consumidor, al que se está transmitiendo una información manipulada con objeto de predeterminedar su elección."*

Los actos de denigración pueden suponer también actos de comparación tendentes a mostrar las bondades de determinados productos, actividades o servicios en detrimento de los del contrario; y pueden también conllevar la coexistencia de una deslealtad como consecuencia del engaño, lo que no es otra cosa que utilizar indicaciones incorrectas o falsas que pueden denigrar o menoscabar al contrario. En todos ellos existe un nexo común, cual es el intento de rebajar, aminorar al actor con el fin de obtener un beneficio el sujeto agente y siempre que lo que se difunde, comunica, transmite o manifiesta no es verdad ni pertinente ni exacto.

Sin perjuicio del análisis que corresponda hacer a los órganos competentes en materia de aplicación de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Competencia Desleal, en lo que aquí interesa nos hemos de limitar a estudiar si la comunicación analizada es susceptible de calificarse como práctica de deslealtad competitiva prohibida por las Circulares de la Comisión del Mercado



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de las Telecomunicaciones. Es decir, si se pueden considerar las cartas dirigidas por TESAU como actos de denigración, en el sentido antes expuesto.

Del análisis de las cartas presentadas por UNI2 a la luz de las anteriores consideraciones cabe concluir lo siguiente:

La supuesta denigración relativa a una menor calidad de los servicios, no recae exactamente sobre los servicios prestados por un tercero, como alude el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, sino sobre los servicios prestados por la propia TESAU.

Además, la adecuación objetiva para el menoscabo del crédito del competidor no concurre en el presente supuesto dado que cuando TESAU se califica de operador más adecuado para proveer los servicios, se dirige a un cliente que lleva preseleccionado con el operador de acceso indirecto al menos dos meses, es decir, que ha podido comprobar la veracidad de las afirmaciones de TESAU, especialmente desde la entrada en vigor de la Circular 2/2002 que amplía el plazo en que no se pueden intentar las prácticas de recuperación activa de clientes a 4 meses.

Por último, conforme al artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal, para que la práctica pueda calificarse de desleal las afirmaciones que se vierten no deben ser verdaderas, ni exactas, ni pertinentes.

Pues bien, cabe destacar que cuando TESAU afirma que la preselección implica que sus llamadas dejan de ser cursadas a través de su red, y que por este motivo no pueden responsabilizarse de la calidad del servicio del mismo modo en que lo venían haciendo, no puede decirse que incurra en falsedad o inexactitud puesto que es cierto que la responsabilidad de la calidad mejorada o empeorada del servicio, tal y como la percibe el usuario, es ahora compartida entre TESAU y el operador de acceso indirecto.

Por este motivo no puede calificarse el contenido de la carta como práctica denigratoria dado que las afirmaciones vertidas en ella son verdaderas y comprobables por los usuarios a los que están destinadas.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso final del párrafo analizado: *"no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que hemos hecho hasta ahora,"* podría inducir a confusión al cliente en cuanto al momento temporal en que TESAU deja de asumir la responsabilidad de la calidad del servicio, pues podría interpretarse que este hecho se produce a partir de la recepción de la carta y no desde el momento en que se activó la preselección. Esta interpretación, que permite la redacción actual de la carta, conllevaría que el cliente no habría podido comprobar y comparar, en el plazo de 2 o 4 meses



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

transcurrido, la calidad del servicio de preselección contratado, lo cual no se corresponde con la realidad. De ahí que deba eliminarse esta afirmación y ser sustituida por una redacción que no admita una interpretación susceptible de inducir a confusión al cliente, como podría ser *"hasta el momento en que Ud. se preseleccionó con otro operador"* u otra alternativa.

Por otra parte, cabe recordar la prohibición que recae sobre TESAU de no discriminar en la prestación de sus servicios entre los abonados que están preseleccionados y abonados que no lo están, tanto en la calidad de los servicios como en los propios servicios asociados al acceso que ofrece. Tal discriminación podría suponer una práctica de comercialización de servicios contraria a la competencia que haría disminuir las opciones de los usuarios y la pluralidad de los servicios, al poder el usuario contratar todo un paquete de servicios sólo con TESAU pero no con los demás operadores.

Por este motivo, la Circular 1/2001 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su apartado quinto, ya dispone que el operador de acceso no podrá discriminar entre los abonados preseleccionados ni en la prestación de servicios suplementarios, ni en la prestación de servicios de asistencia técnica o en el acceso a planes descuento, con lo que se pretende que el operador de acceso no utilice estas herramientas como medio para desincentivar la demanda de preselección, ofreciendo mejores servicios o servicios adicionales a los abonados que no están preseleccionados.

No obstante, de la documentación aportada no resultan indicios de que TESAU esté realizando este tipo de prácticas discriminatorias.

Por lo tanto, respecto a la documentación aportada por UNI2 sobre las posibles practicas denigratorias de sus servicios llevadas a cabo por TESAU, y en vista de las consideraciones anteriores, no podemos considerar que existan indicios suficientes de la realización de estos comportamientos por TESAU, en contravención de las Circulares 1/2001 de 21 de junio y 2/2002 de 18 de julio dictadas por la Comisión en materia de preselección.

CUARTO.- Conclusiones

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en los fundamentos anteriores y tras el examen de las alegaciones y de la documentación proporcionada, esta Comisión no dispone de elementos de juicio suficientes para proceder al inicio de un procedimiento sancionador contra TESAU por incumplimiento de las Circulares 1/2001 y 2/2002, por lo que debe concluirse la improcedencia de la incoación de un expediente sancionador sobre la base de las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión,

RESUELVE

No incoar expediente sancionador contra Telefónica de España, S.A.U, como consecuencia de la denuncia presentada por UNI2 TELECOMUNICACIONES, SAU en fecha 7 de abril por supuestas prácticas denigratorias de sus servicios en relación con la preselección de llamadas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real