



## COMISIÓN 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 número 13/04 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de abril de 2004, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número **RO 2004/347**, se aprueba la siguiente

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE CONTESTA LA CONSULTA FORMULADA POR NEO-SKY 2002, S.A. SOBRE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DEL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PÚBLICO EN SU MODALIDAD DE ACCESO INDIRECTO POR PRESELECCIÓN.**

#### I. ANTECEDENTES.

Con fecha 20 de febrero de 2004, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de Don Pablo Yun García, en nombre y representación de NEO-SKY 2002, S.A. (en adelante, NEO-SKY), en el que formulaba consulta sobre la contratación electrónica del servicio telefónico disponible al público en su modalidad de acceso indirecto por preasignación. En concreto, planteaba las siguientes cuestiones:

- 1.- *Si, en la actualidad, sería válido jurídicamente, para un operador que preste el servicio telefónico fijo disponible al público en su modalidad de acceso indirecto, iniciar solicitudes de preasignación telefónica al amparo de los correspondientes contratos electrónicos celebrados con los usuarios (vía Internet), siempre que se cumplan los requisitos de la*



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*LSSI<sup>1</sup> en relación con la celebración de los citados contratos. Es decir, interesa conocer si, un contrato de telefonía de acceso indirecto y preselección celebrado en forma electrónica por Internet implicaría la obtención del consentimiento expreso por escrito del abonado para iniciar una solicitud de preselección.*

- 2.- En caso de que no sea admisible esta modalidad de contratación, interesa saber qué requisitos legales o regulatorios serían necesarios para que lo previsto en la LSSI se pueda aplicar de forma efectiva. En particular, interesa conocer si es necesaria la modificación de la Circular de Preselección en vigor.*
- 3.- En caso de que en la actualidad sea válida la modalidad de contratación anteriormente planteada, interesa conocer si TESAU<sup>2</sup>, a la luz de sus derechos de requerimiento de “copias firmadas por escrito” de las solicitudes de preasignación según lo establecido en normativa sectorial de preselección, **estaría obligada a aceptar la prueba electrónica en calidad de “consentimiento escrito del abonado”**<sup>3</sup>. Por tanto, interesa conocer si TESAU estaría autorizada a inhabilitar, en último término, las preasignaciones realizadas a instancias de contratos celebrados por vía electrónica (Internet) aduciendo como causa de cancelación de la preasignación la falta de consentimiento escrito por parte del abonado.*
- 4.- En el caso, de que en la actualidad, TESAU esté obligada a aceptar la prueba electrónica en calidad de “consentimiento escrito del abonado”, interesa conocer, al tratarse de un contrato electrónico, **cuál será la prueba de dicho consentimiento escrito que habría que enviar a TESAU a instancias de ésta, así como el formato de dicha información.***<sup>3</sup>

## II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto “*el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la*

<sup>1</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

<sup>2</sup> TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

<sup>3</sup> El subrayado y la negrita es de NEO-SKY.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos".* Para el cumplimiento de este objeto, la Ley atribuye a esta Comisión determinadas funciones, además de cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Concretamente, el artículo 29.2, letra a), del Reglamento de la CMT, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, establece que es función de esta Comisión *"la resolución de las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación y las asociaciones de consumidores y usuarios de estos servicios"*.

Con carácter general, y conforme a lo señalado por esta Comisión en distintos acuerdos contestando consultas que le han sido planteadas, ha de entenderse que las consultas a las que se refiere el artículo 29.2 a) del Reglamento de la CMT pueden referirse a los siguientes ámbitos:

- Las normas que han de ser aplicadas por la Comisión;
- Los actos y disposiciones dictados por la Comisión;
- Y las situaciones y relaciones jurídicas sobre las cuales ha de ejercer sus competencias la Comisión.

La consulta que NEO-SKY plantea a esta Comisión se refiere a la interpretación de la normativa relativa a la firma electrónica y a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en relación con la manifestación del consentimiento por el abonado para iniciar una solicitud de preselección del servicio telefónico fijo disponible al público.

Teniendo en cuenta los criterios mantenidos hasta el momento, puede entenderse que la consulta planteada se encuentra en el ámbito previsto en el citado artículo 29.2.a) por referirse a normas cuya aplicación corresponde a esta Comisión, conforme a las competencias que le son atribuidas por las Leyes.

### III. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN.

La presente resolución tiene por objeto dar respuesta a las cuestiones planteadas por NEO-SKY sobre la manifestación del consentimiento del abonado en la contratación electrónica del servicio telefónico disponible al público en su modalidad de acceso indirecto por preasignación.

### IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### 4.1. Regulación de la manifestación del consentimiento en la contratación del servicio telefónico disponible al público en su modalidad de acceso indirecto por preselección.

El artículo 19 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración<sup>4</sup> (en adelante RIAN), define la preasignación de operador como aquella que *“permite al usuario decidir por adelantado la entidad habilitada que cursará las llamadas, sin necesidad de marcar código de selección de operador antes del número telefónico al que se dirigen dichas llamadas”*, y señala en su apartado 2 que *“el cambio de operador por preselección será coordinado por el operador beneficiario del mismo. Previa **solicitud escrita** del abonado a dicho operador, éste informará de la misma al operador preseleccionado con anterioridad (...)”*.

En este sentido, la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante Circular 1/2001 CMT), 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, exige, en su apartado tercero, el previo **consentimiento escrito** del abonado para iniciar el cambio de operador por preselección.

### 4.2. Análisis de la regulación de la manifestación del consentimiento en la LSSI.

La primera cuestión planteada en su escrito por NEO-SKY es la validez jurídica del inicio de las solicitudes de preasignación telefónica al amparo de los correspondientes contratos electrónicos celebrados con los usuarios (vía Internet), siempre que se cumplan los requisitos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) en relación con la celebración de los citados contratos.

Como señala el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de marzo de 1993, es un *“principio fundamental en nuestro derecho que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el final de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los*

<sup>4</sup>Transitoriamente en vigor en aplicación de la Disposición transitoria primera apartado a) de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, hasta que se apruebe la normativa de desarrollo del título II de la citada Ley, en lo que no se oponga a lo establecido en dicha Ley.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*elementos determinantes del objeto y la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos”.*

De acuerdo con su artículo 1, la LSSI tiene por objeto, en lo que atañe a la presente consulta, la regulación de la contratación y las comunicaciones comerciales por vía electrónica, así como la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos y las condiciones relativas a su validez y eficacia.

El artículo 23 de la LSSI establece, en relación a los contratos celebrados por vía electrónica, que producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. En relación con aquellos supuestos en los que se establezca una exigencia legal de forma escrita, tanto del contrato como de cualquier información relacionada con el mismo, el apartado 3 la entiende satisfecha si el contrato o la información se contienen en un soporte electrónico.

Por tanto, un operador que preste servicio telefónico fijo en su modalidad de acceso indirecto puede presentar su oferta de contrato, en este caso el contrato de preselección con el abonado, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, entre los que se encuentran, tal y como establece la LSSI, el soporte electrónico, sin que por ello se desvirtúe la presunción de validez de la misma.

El otro elemento necesario, recogido en el artículo 23 de la LSSI, para dotar de validez contractual al acuerdo de voluntades es el consentimiento de la otra parte, cuya manifestación deberá ser recogida también por cualquier medio admitido en derecho. En este sentido, el artículo 1262 del Código Civil establece que *“el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”*. Se hace, pues, necesario examinar las formas en la que dicho consentimiento puede ser prestado con carácter general, y en el ámbito del procedimiento de preselección de operador en particular.

### **4.3. Análisis del alcance de la eficacia jurídica de la firma electrónica.**

La firma de documentos no se limita a la firma manuscrita. En efecto, existen diversos métodos digitales de firma que permiten dotarla de validez. Y es que, para tener validez jurídica, las firmas digitales deben permitir verificar tanto la identidad del autor de los datos (*autenticación de autoría*), como comprobar que dichos datos no han sufrido alteración desde que fueron firmados (*integridad*).

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante Ley de Firma Electrónica) establece la figura de la **firma electrónica reconocida**. Esta



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

firma se define como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. De acuerdo con el artículo 3 de esta Ley, se considera que, respecto de los datos consignados en forma electrónica, tendrá el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Los documentos remitidos en soporte electrónico que estén firmados electrónicamente tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable, siendo incluso admisible como prueba documental en juicio.

Por tanto, ambos tipos de firma, tanto manuscrita como la “firma electrónica reconocida”, se equiparan por ley y deben reconocérseles idéntico alcance como forma de expresión de la voluntad contractual de su titular.

Asimismo, es necesario destacar que la Ley de Firma Electrónica sujeta la determinación del carácter de “**firma electrónica reconocida**” al cumplimiento de tres requisitos:

- a) Debe ser una “firma electrónica avanzada”, es decir, la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (artículo 3.2 Ley de Firma Electrónica).
- b) Debe estar basada en un certificado reconocido, que es aquel certificado electrónico expedido por un prestador de servicios de certificación que cumpla los requisitos establecidos en la Ley de Firma Electrónica en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias del solicitante y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten (artículo 11.1 Ley de Firma Electrónica).
- c) Tiene que ser generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, que es aquél que ofrece, al menos, las siguientes garantías:
  - 1.- Que los datos utilizados para la generación de firma pueden producirse sólo una vez y asegura razonablemente su secreto.
  - 2.- Que existe una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de firma no pueden ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma está protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.- Que los datos de creación de firma pueden ser protegidos de forma fiable por el firmante contra su utilización por terceros.

4.- Que el dispositivo utilizado no altera los datos o el documento que deba firmarse ni impide que éste se muestre al firmante antes del proceso de firma (artículo 24.1 Ley de Firma Electrónica).

### 4.4. Manifestación del consentimiento escrito del abonado.

En el supuesto objeto de la presente consulta, la Circular 1/2001 CMT exige el previo consentimiento por escrito del abonado para el cambio de operador. Dicha previsión se completa en el punto 7 del Anexo II con una serie de especificaciones de carácter procedimental y de contenido, relativas a la información a intercambiar entre los operadores para poder llevar a cabo el cambio de operador por preselección, tales como la necesidad de disponer de una copia firmada del contrato entre el nuevo operador y el abonado, la posibilidad de que el operador afectado pueda exigir la acreditación del consentimiento del cliente al operador solicitante, etc.

Se trata de examinar si a través de las comunicaciones electrónicas rubricadas con “firma electrónica reconocida” se podría dar cumplimiento al citado punto 7 del Anexo II de la referida circular. Estos requisitos serían:

- Contenido de las solicitudes de los abonados. Se establece una serie de datos que deberán figurar obligatoriamente en el ejemplar firmado por el abonado que solicita el cambio.
- Mensaje de requerimiento de originales. Solicitudes entre los operadores de acceso y operadores solicitantes de copias originales de solicitudes de abonados.
- Puesta a disposición de originales por el operador solicitante. Se regula el procedimiento por el que se debe poner a disposición del operador de acceso una copia firmada de la solicitud del abonado preseleccionado, estableciéndose plazos, número máximo de requerimientos, etc.

En relación con la información a intercambiar entre los operadores afectados por el procedimiento de preselección, un somero análisis de los mismos permite comprobar que todos ellos pueden llevarse a cabo por medios electrónicos. Tanto la solicitud de los abonados, que, como ya se apuntó, podrá ser elaborada en un documento electrónico, como la remisión de los datos necesarios para que el operador de acceso realice la preselección, que ya en el procedimiento regulado por la Circular 1/2001 CMT se remiten por medios



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

electrónicos, así como la puesta a disposición de originales, podrán realizarse por medios telemáticos.

Únicamente habrá de adoptarse los mecanismos recogidos en la Ley de Firma Electrónica para garantizar unas comunicaciones seguras y la certeza de existencia del consentimiento, es decir, la necesidad de firma electrónica reconocida, la única que la ley equipara a la firma manuscrita.

Por todo ello, esta Comisión considera que tanto la firma manuscrita como “la firma electrónica reconocida” cuentan con validez jurídica. Es decir, a través de la “firma electrónica reconocida”, se establece el elemento identificador que permite vincular una firma a una persona y asegurar el otorgamiento bajo la sola voluntad del firmante, bien mediante el trazado gráfico de puño y letra del autor, bien mediante el conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros que pueden ser utilizados como medio de identificación del mismo. En el caso de la preselección, la normativa sectorial en vigor exige que esta manifestación del consentimiento del abonado se haga por escrito, y la Ley de Firma Electrónica equipara la firma electrónica reconocida con la firma manuscrita, pudiéndose en este caso cumplimentar de forma fehaciente todos los pasos establecidos por la Circular 1/2001 CMT.

### **4.5. Obligación de TESAU de aceptar la firma electrónica reconocida como “consentimiento escrito del abonado”.**

Por último, queda por examinar, en relación con la consulta planteada por NEO-SKY, si TESAU estaría obligada a aceptar la prueba electrónica en calidad de “consentimiento escrito del abonado”, así como cuál sería la prueba de dicho consentimiento escrito que habría que enviar a TESAU a instancias de ésta, así como el formato de dicha información.

Si se han respetado todas las previsiones contempladas por la Ley, este documento firmado electrónicamente constituye por sí mismo prueba documental suficiente, y es lo que NEO-SKY debería enviar a TESAU para acreditar la voluntad del abonado firmante.

El procedimiento implica la obligación de NEO-SKY, o cualquier otro operador preseleccionado, de entregar a TESAU los documentos electrónicos rubricados mediante “firma electrónica reconocida” que le sean reclamados con el objeto de verificar el consentimiento del cliente. La entrega podrá hacerse en cualquier soporte (disquete, CD, remisión por correo electrónico...) que permita la fácil comprobación mediante un “dispositivo de verificación de firma electrónica” de la autenticidad de esta última.

En el caso de que TESAU dude de la autenticidad de la firma electrónica reconocida, podrá realizar las comprobaciones necesarias ante el prestador del





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio de certificación que haya expedido el certificado reconocido y, en su caso, impugnarla de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.8 de la Ley de Firma Electrónica.

### V. CONCLUSIONES

**Primera.-** Un contrato de telefonía de acceso indirecto y preselección celebrado de forma electrónica por Internet sólo implica la obtención del consentimiento exigido por el RIAN y por la Circular 1/2001 CMT en cuanto que esté rubricado mediante “firma electrónica reconocida”.

**Segunda.-** TESAU está obligada a aceptar la “firma electrónica reconocida” en calidad de “consentimiento escrito del abonado”, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación de conformidad con el artículo 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

**Tercera.-** En cuanto a la prueba de dicho consentimiento que habría que enviar a TESAU a instancias de ésta, sería el documento electrónico acompañado de la “firma electrónica reconocida” que acredite la autenticidad de la manifestación de voluntad.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real