



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 11/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 15 de marzo de 2001, 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 “TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.” POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA CIRCULAR 1/1999, DE 4 DE NOVIEMBRE, DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, Y SE ACUERDA NO INICIAR EL MISMO.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de 1999 fue aprobada por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la Circular 1/1999, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas (en adelante, Circular 1/1999).

SEGUNDO.- Con fecha 2 de junio de 2000 tuvo entrada en esta Comisión escrito de denuncia, de fecha 1 de junio de 2000, formulada por el representante legal de LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante Lince) contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por presuntos incumplimientos de la Circular 1/1999. Denuncia Lince, entre otras cuestiones, el incumplimiento por parte de Telefónica de la prohibición de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realizar prácticas de recuperación de clientes hasta que no concluya el primer período de facturación desde la preasignación efectiva.

TERCERO.- En atención a la citada denuncia y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 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 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora), esta Comisión dirigió a los interesados sendos escritos de fecha 12 de junio de 2000, comunicándoles que se había abierto un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador.

CUARTO.- Con fecha 4 de julio de 2000 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito de la representación legal de Telefónica en el que niega el incumplimiento de la Circular 1/1999 denunciado por Lince y solicita se declare la no pertinencia de la apertura de un procedimiento sancionador con el archivo de las actuaciones realizadas.

QUINTO.- Con fecha 5 de julio de 2000 tuvo entrada en esta Comisión nuevo escrito de Lince en el que denuncia prácticas contrarias a la Circular 1/1999 por parte de Telefónica (prácticas de recuperación de clientes y uso inadecuado de la información que se le proporciona en el procedimiento de preasignación), aportando documentos en este sentido.

SEXTO.- Con fecha 20 de noviembre de 2000, tuvo entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Félix Álvarez- Miranda, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, ASTEL), por el que se denuncia un presunto incumplimiento, por parte de Telefónica, de la Circular de esta Comisión 1/1999 por supuestas prácticas de recuperación de clientes contrarias a la Circular y por uso indebido e ilícito de la información que obtiene durante el proceso de preasignación, empleando los datos de preasignación para ponerse en contacto con los abonados que la han solicitado.

ASTEL manifiesta que Telefónica ha establecido una política de recuperación de clientes preseleccionados con otros operadores contraviniendo lo recogido en la Circular 1/1999, contactando con ellos antes de la finalización del primer período de facturación para lograr la inhabilitación de la preasignación o la cancelación de su solicitud de preasignación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Denuncia, igualmente, que Telefónica está llevando a cabo una serie de prácticas denigratorias de la facilidad de preasignación sugiriendo implicaciones negativas, informando de posibles desventajas y de la pérdida, posible pérdida o empeoramiento de las condiciones en que se prestan los servicios suplementarios.

Afirma ASTEL en su escrito de denuncia que Telefónica no actúa en los procesos de inhabilitación conforme a los estándares que exige a otros operadores en lo relativo a la cumplimentación de la solicitud y el envío del original firmado, y que además incumple la Circular 1/1999, admitiendo solicitudes de inhabilitación de preasignación incompletas o defectuosas.

Finalmente, ASTEL solicita a esta Comisión la apertura de un expediente sancionador en cuya resolución se acuerde sancionar a Telefónica por la realización de actos contrarios a la Circular 1/1999.

Acompañan al escrito de denuncia una serie de documentos que se presentan como pruebas de las prácticas de recuperación de clientes de Telefónica.

SÉPTIMO.- En atención a la citada denuncia y de conformidad con lo establecido en el artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, esta Comisión dirigió a los interesados sendos escritos de fecha 9 de enero de 2001, comunicándoles que se había abierto un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador, otorgándoles un plazo de diez días para alegaciones.

OCTAVO.- Con fecha 19 de enero de 2001 tuvieron entrada en esta Comisión escritos de Telefónica y ASTEL por los que se solicitaba se procediera, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la LRJPAC, a conceder la ampliación en 5 días del plazo inicialmente otorgado para la presentación de alegaciones. Dicha ampliación fue comunicada a los interesados mediante sendos escritos de fecha 23 de enero de 2001.

NOVENO.- Con fecha 29 de enero de 2001, tuvo entrada en esta Comisión escrito de Telefónica evacuando el trámite de alegaciones y en el que, en esencia, venía a negar cualquier actuación por su parte contraria a la Circular 1/1999.

En contestación a la denuncia, Telefónica señala lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. Que no es cierto que haya estado llevando a cabo prácticas contrarias a la Circular 1/1999.
2. Que rechaza cuantas afirmaciones y valoraciones efectúa ASTEL en su escrito de denuncia.
3. Que en ningún caso se evidencia la existencia de una política masiva, selectiva y planificada dirigida a la desacreditación de los operadores y a la desinformación de los usuarios ante el servicio de preasignación.

Por último, solicita el archivo de las actuaciones.

DÉCIMO.- Con fecha 29 de enero de 2001 tuvo entrada en esta Comisión escrito de alegaciones de ASTEL con el que incorpora nuevos documentos a su escrito de denuncia y reitera lo expuesto en su escrito anterior.

DÉCIMOPRIMERO.- Con fecha 5 de febrero de 2001, tuvo entrada en esta Comisión nuevo escrito de ASTEL aportando un nuevo documento relativo al presunto incumplimiento de Telefónica de la Circular 1/1999 por prácticas ilícitas de recuperación de clientes.

DÉCILOSEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 73 de la LRJPAC, y dada la identidad sustancial de las denuncias presentadas por Lince y ASTEL, se procede a la acumulación de las mismas para su tramitación conjunta en el presente procedimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La Circular 1/1999 ha sido dictada al amparo de la capacidad normativa que atribuye a esta Comisión el artículo 1.Dos.2.f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril de Liberalización de las Telecomunicaciones, para dictar instrucciones o circulares dirigidas a las entidades que operen en el sector con el fin de salvaguardar la libre competencia en el mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- La Disposición octava de la Circular 1/1999 establece:

“Recibida una solicitud de preasignación de un abonado por el operador dominante, éste no podrá realizar prácticas de recuperación del abonado hasta que no concluya el período de primera facturación del operador de acceso o denigratorias de los servicios ofrecidos por el operador preseleccionado.

La información obtenida por el operador de acceso dominante durante el proceso de preasignación, sólo podrá ser utilizada para el fin para el que fue proporcionada. En particular, esta información no podrá ser empleada en beneficio de sus propios servicios comerciales o de los de sus filiales o asociadas, para los que dicha información pudiera suponer una ventaja competitiva”.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 76.1 y 84.1.a) de la LGTel y el artículo 1, apartado Dos.2.I en relación con el apartado Tres del mismo, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a través de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre 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.

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

Por su parte, el artículo 11.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece que los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, disponiendo a su vez el artículo 12 del mismo texto 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 concurran en unos y otros”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La razón de ser del trámite de información previa al que nos venimos refiriendo 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, e incluso, en ausencia de alegaciones por parte del imputado, la iniciación del procedimiento sancionador podrá considerarse propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso sobre la responsabilidad que se le imputa.

No obstante, y 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.

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, dirigiendo a los interesados sendos requerimientos que tenían por objeto la verificación de los hechos controvertidos o, al menos, llegar a la conclusión de que los indicios aportados podían ser considerados suficientes para proceder a la apertura de un procedimiento sancionador.

Téngase en cuenta 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del principio de presunción de inocencia que, sin lugar a dudas, ha de ser tenido en consideración.

La documentación aportada por las partes, sin perjuicio de la valoración detallada en la que entraremos a continuación, no puede ser considerada *prima facie* sino como meramente indiciaria de un presunto incumplimiento de la Circular 1/1999 pero sin que, en ningún caso, llegue a determinar la existencia de un incumplimiento. 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 concreto, y con relación a la valoración de los indicios, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1999 señalaba en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

“De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas Sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”.

La aplicación de este criterio jurisprudencial a la valoración de la documentación aportada por los interesados durante el período de información previa no permite afirmar la plenitud de su consistencia, ofreciendo motivos suficientes de duda que en ningún caso desvirtuarían el principio de presunción de inocencia que, como ya se ha expresado, se considera plenamente aplicable a esta fase previa a la apertura del procedimiento sancionador.

QUINTO.- A la vista de la documentación aportada por los interesados, y en atención a las consideraciones que a continuación se exponen, esta Comisión no puede sino estimar que las denuncias presentadas tanto por Lince como por ASTEL en relación con las prácticas ilícitas de recuperación de clientes por parte de Telefónica no resultan suficientemente acreditadas y que, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia, no existen elementos de juicio suficientes para proceder al inicio de un procedimiento sancionador.

Los documentos más abundantemente aportados por ambos denunciante (Anexo 14 al escrito de Lince con fecha de entrada de 2 de junio de 2000, Anexos 1, 2, y 3 al escrito de Lince con fecha de entrada 5 de julio de 2000, Documentos 2, 3 y 10 del escrito de ASTEL con fecha de entrada de 20 de noviembre de 2000 y Documentos 1 y 2 del escrito de ASTEL con fecha de entrada de 5 de febrero de 2001) han sido *cartas tipo* redactadas, en opinión de los denunciantes, para obtener la *cancelación* de la solicitud de preasignación (con anterioridad a la iniciación de dicho procedimiento) o la inhabilitación de un proceso de preasignación.

En su defensa, Telefónica alega que estas cartas no son sino la reacción lógica de su Departamento comercial ante la solicitud de determinados clientes que, sin intervención de Telefónica, han cambiado de parecer o se han visto afectados por posibles casos de *slamming*, aportando en este sentido diversos documentos (Documentos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de su escrito con fecha de entrada 29 de enero de 2001).

Sea como fuere, la documentación aportada por ambas partes carece de la consistencia necesaria para merecer ser considerada definitiva o con el imprescindible fundamento. Por esta razón, ante la duda que se plantea, debe darse entrada al principio de presunción de inocencia que indica, con claridad, que resulta necesaria una prueba más contundente para desvirtuar su eficacia.

Además, la utilización de la expresión *cancelación* empleada en las cartas no indica necesariamente que la comunicación con el cliente se haya producido antes de que hubiera transcurrido el primer período de facturación como afirma ASTEL en sus alegaciones, por lo que el presunto incumplimiento de la Circular 1/1999 por parte de Telefónica queda, si cabe, aún más difuminado.

Por otra parte, se presentan como pruebas del supuesto incumplimiento de Telefónica las comunicaciones que, sobre el particular, han realizado diversas operadoras, tanto a Telefónica (Anexo 4 al escrito de Lince con fecha de entrada 5 de julio de 2000) como a ASTEL (Documento 1 del escrito de ASTEL con fecha de entrada de 29 de enero de 2001). No es necesario justificar con demasiada profundidad el hecho de que ninguna de ellas pueda ser tenida en consideración por esta Comisión para la apertura de un expediente sancionador, toda vez que ambas provienen de parte interesada y se carece de cualquier otro elemento de juicio que permita contrastar su veracidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Continuando con el examen de la documentación aportada, en concreto con el Documento 1 del escrito de ASTEL con fecha de entrada 5 de febrero de 2001, se puede apreciar una coincidencia de fechas entre la carta, de fecha *"Enero de 2001"* y la solicitud de preasignación, de fecha 29 de enero de 2001. Sin embargo, tampoco estos documentos pueden ser considerados concluyentes para determinar la existencia de prácticas de recuperación prohibidas por la Circular 1/1999, entre otras razones, porque la cercanía de las fechas hace dudar de la posibilidad de entrar en contacto con el abonado con razón de la solicitud de preasignación que se analiza.

Se presentan también por ASTEL diferentes documentos que recogen las denuncias y reclamaciones de una abonada contra Telefónica ante distintas instancias por una supuesta falsificación de su firma por parte de un comercial de aquella entidad (Documentos 2 y siguientes del escrito de ASTEL con fecha de entrada de 29 de enero de 2001). Tampoco esta documentación puede ser tenida en cuenta ya que de este hecho, que se presenta de forma aislada, no puede inferirse que Telefónica haya ordenado o fomentado la realización de este tipo de actividades.

En lo que respecta a los documentos aportados para justificar la denuncia contra Telefónica por prácticas denigratorias o anticompetitivas (Documentos 4, 5, 7, 8 y 9 del escrito de ASTEL con fecha de entrada 20 de noviembre de 2000), sólo señalar que en algunos casos no se trata sino de instrucciones dirigidas a sus comerciales desde el Departamento comercial que, en ningún caso pueden ser considerados denigratorios ni del derecho de preasignación ni de los demás operadores. En los casos restantes nos encontramos ante cartas de las que se carece de información suficiente (como por ejemplo, de la identidad del destinatario) y en las que se hace mención al respeto del plazo legal para comunicarse con el abonado, por lo que no se está en condiciones de afirmar que las mismas fueron enviadas sin respetar dicho plazo.

No es menos cierto que el envío generalizado de cartas invitando a inhabilitar la preasignación transcurrido el primer período de facturación puede ser un indicador del uso indebido de los datos de preasignación, es decir, la comunicación de los mismos al Departamento comercial de Telefónica, pero tampoco la documentación de la que se dispone permite entender que se haya producido un envío generalizado de comunicaciones comerciales y, además, el conocimiento por el Departamento Comercial de los clientes preasignados se presenta como el único mecanismo para evitar que tal Departamento entre en contacto con los clientes preasignados durante el primer periodo de facturación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en los fundamentos anteriores y tras el examen minucioso de la totalidad de las alegaciones y de la documentación proporcionada por los interesados, esta Comisión no dispone de elementos de juicio suficientes para proceder al inicio de un procedimiento sancionador contra Telefónica por incumplimiento de la Circular 1/1999, por lo que debe concluirse la improcedencia de la incoación de un expediente sancionador sobre la base de las mismas.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

No incoar expediente sancionador contra “Telefónica de España, S.A.U.” como consecuencia de las denuncias formuladas por “Lince Telecomunicaciones, S.A.” con fecha 2 de junio de 2000 y la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) con fecha 20 de noviembre de 2000.

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 de 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes